

Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS DIEM
von Herisau

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walther J. Habscheid

Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich 1987



Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS DIEM
von Herisau

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walther J. Habscheid

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 77 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von W.J. Habscheid, R. Hauser, A. Kölz und H.U. Walder

INHALTSVERZEICHNIS

I. TEIL: GRUNDLAGEN	1
1. Kapitel: Der systematische Aufbau des Anfechtungsrechtes	1
2. Kapitel: Die Entstehung des Anfechtungsrechtes	10
A) Das römische Recht	10
B) Die mittelalterlichen Rechte	12
C) Die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts	15
3. Kapitel: Die Systematik der geltenden Rechte	16
A) Uebersicht über die Anfechtungstatbestände des SchKG	16
1. Die Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG)	16
2. Die Ueberschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG)	16
3. Die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)	17
4. Die Beurteilung der Systematik	17
B) Uebersicht über die Anfechtungstatbestände von KO und AnfG	18
1. Die Konkursanfechtung (§ 30 KO)	18
2. Die Absichtsanfechtung (§ 31 KO; § 3 Nr. 1 und 2 AnfG)	19
3. Die Schenkungsanfechtung (§ 32 KO; § 3 Nr. 3 und 4 AnfG)	20
4. Die Sicherungsanfechtung (§ 32a KO; § 3b AnfG)	20
5. Die Beurteilung der Systematik	20
C) Rechtsvergleich	21
4. Kapitel: Die Auswirkungen der historischen Entwicklung	22
5. Kapitel: Die beteiligten Personen	24
A) An der anfechtbaren Rechtshandlung Beteiligte	24
1. Der Schuldner	24
2. Der Dritte	24
3. Die Gläubiger	24
B) An der Anfechtung Beteiligte	25
1. Der Anfechtende	25
2. Der Anfechtungsgegner	26
3. Der Schuldner	27
6. Kapitel: Definition der Bilanzbegriffe	27
7. Kapitel: SchKG-Revision	33

II. TEIL: DER OBJEKTIVE ANFECHTUNGSTATBESTAND	35
8. Kapitel: Der Inhalt des objektiven Anfechtungstatbestandes	35
9. Kapitel: Die Legitimation zur Anfechtung	38
A) Grundsatz	38
B) Zeitpunkt und Mittel	39
C) Der Kreis der legitimierten Gläubiger	43
10. Kapitel: Die Rechtshandlung als Gegenstand der Anfechtung	46
A) Die Bedeutung der Rechtshandlung	46
B) Der Begriff der Rechtshandlung	49
C) Die Abgrenzung zur Tathandlung	51
D) Die Abgrenzung zu Naturereignissen	51
E) Die Abgrenzung zu Verpflichtungen infolge Zeitablaufs	52
F) Die zivilrechtliche Gültigkeit der Rechtshandlung	52
1. Die zivilrechtliche Nichtigkeit	52
2. Die zivilrechtliche Anfechtbarkeit	55
G) Der Urheber der Rechtshandlung	58
1. Der Schuldner	58
2. Der gewillkürte Stellvertreter	59
3. Der gesetzliche Stellvertreter	62
4. Die Vertretung von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften	62
5. Die Organvertretung	62
6. Der Sachwalter im Nachlassverfahren	63
7. Die Rechtshandlungen eines Dritten	63
11. Kapitel: Die schädigende Wirkung der Rechtshandlung	66
A) Die Notwendigkeit der schädigenden Wirkung	66
B) Die Erscheinungsformen der schädigenden Wirkung	68
C) Die Ueberschuldung im Zeitpunkt der Rechtshandlung	70
D) Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und schädigender Wirkung	79
1. Die direkte Kausalität	79
2. Die indirekte Kausalität	79
3. Das falsche Verständnis der indirekten Schädigung	81
E) Der Nachweis der schädigenden Wirkung im SchKG	83
F) Der Nachweis der schädigenden Wirkung in der KO und im AnfG	87
G) Die Bereicherung des Dritten	88
H) Zeitliche Einschränkungen des objektiven Tatbestandes	88

12. Kapitel: Arten von schädigenden Rechtshandlungen	90
A) Allgemeines	90
B) Die bilanzmässige Bedeutung der Rechtshandlung	91
C) Zahlenbeispiele	92
D) Schlussfolgerungen	105
13. Kapitel: Resultat	106
14. Kapitel: SchKG-Revision	107
III. TEIL: DIE RECHTFERTIGUNG DER ANFECHTUNG	109
15. Kapitel: Die Notwendigkeit der Rechtfertigung	109
16. Kapitel: Der Inhalt der Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner	111
17. Kapitel: Die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner im schweizerischen Recht	115
A) Die Rechtfertigung in Art. 288 SchKG	115
B) Die Rechtfertigung in Art. 287 und 286 SchKG	115
1. Allgemeines	115
2. Art. 287 SchKG	117
3. Art. 286 SchKG	122
C) Resultat	123
18. Kapitel: Die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner im deutschen Recht	126
A) Die Rechtfertigung in § 31 Nr. 1 KO und in § 3 Nr. 1 AnfG	126
B) Die Rechtfertigung in § 31 Nr. 2 KO und in § 3 Nr. 2 AnfG	127
C) Die Rechtfertigung in § 32 KO und in § 3 Nr. 3 und 4 AnfG	129
D) Die Rechtfertigung in § 30 KO	129
E) Die Rechtfertigung in § 32a KO und in § 3b AnfG	129
F) Resultat	130
19. Kapitel: Einzelfragen zur Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner im schweizerischen Recht	131
20. Kapitel: SchKG-Revision	132
21. Kapitel: Der Inhalt der Rechtfertigung gegenüber dem Dritten	138
A) Allgemeines	138
B) Die Bösgläubigkeit als Rechtfertigungsgrund	140
C) Die unentgeltliche Bereicherung als Rechtfertigungsgrund	142
D) Weitere Rechtfertigungsgründe	143

22. Kapitel: Die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten im schweizerischen Recht	144
A) Die Rechtfertigung in Art. 288 SchKG	144
1. Die Bösgläubigkeit	144
2. Die unentgeltliche Bereicherung	147
3. Die Beweispflicht	151
B) Die Rechtfertigung in Art. 287 SchKG	151
C) Die Rechtfertigung in Art. 286 SchKG	157
1. Art. 286 Abs. 1	157
2. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1	159
3. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2	159
D) Die Rechtfertigung in Art. 214 SchKG	161
E) Resultat	164
23. Kapitel: Die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten im deutschen Recht	165
A) Die Rechtfertigung in § 31 Nr. 1 KO und in § 3 Nr. 1 AnfG	165
B) Die Rechtfertigung in § 31 Nr. 2 KO und in § 3 Nr. 2 AnfG	165
C) Die Rechtfertigung in § 32 KO und in § 3 Nr. 3 und 4 AnfG	165
D) Die Rechtfertigung in § 30 KO	166
E) Die Rechtfertigung in § 32a KO und in § 3b AnfG	166
F) Resultat	167
24. Kapitel: SchKG-Revision	168
IV. TEIL: DIE REVISION DES SCHKG	171
25. Kapitel: Die Mängel des geltenden Rechts	171
A) Materielle Mängel	171
B) Formelle Mängel	171
26. Kapitel: Mängel des Vorentwurfs	173
27. Kapitel: Materielle Revisionsvorschläge	174
28. Kapitel: Formelle Revisionsvorschläge	175
29. Kapitel: Vorschlag für den Gesetzeswortlaut	176
A) Wortlaut	176
B) Schematischer Vergleich zum geltenden Recht	177
1. Das geltende Recht	177
2. Mein Revisionsvorschlag	178
C) Wirkungen des vorgeschlagenen Wortlautes	179
D) Vergleiche zwischen dem geltenden Recht und meinem Vorschlag	180
1. Schenkung	180
2. Tilgung durch aussergewöhnliche Mittel	181
3. Die Anfechtung beliebiger Rechtshandlungen	182
E) Schlussbemerkungen	183

LITERATURVERZEICHNIS

- Amonn Kurt, Grundzüge des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 3. Auflage, Bern 1983
- Baur Fritz/Schönke Adolf, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Auflage, Karlsruhe 1978
- Berz Hans Peter, Der paulianische Rückerstattungsanspruch, Diss. Zürich 1960
- Birchler L., Zur Frage der Anfechtbarkeit von Pfandbestellungen nach Art. 288 SchKG (Deliktspauliana), SJZ 1925, S. 1 ff
- Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911
- Blumer Karl/Graf Adolf, Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, 6. Auflage, Zürich 1977
- Böhle-Stamschräder/Kilger, Konkursordnung, 14. Auflage, München
- Brand Ernst, Anfechtungsklage, SJK 742, Genf 1942
- Brand Ernst, Die Anfechtungsklage, ASchK 1902
- Brügger Erwin, Die schweizerische Gerichtspraxis im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 1946 - 1984, Adligenswil 1984
- Favre Antoine, Droit des poursuites, 3e édition, Fribourg 1974
- Favre Antoine, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956, (deutsche Fassung, übersetzt von E. Steiner)
- Fenkart Jos., Die Betrugspauliana, ZBJV 1925 S. 401 ff
- Fritzsche Hans, Die Anfechtungsklage nach schweizerischem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BLSchK 1947, S. 129 ff
- Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. Band, 2. Auflage, Zürich 1968
- Fritzsche Hans/Walder Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 1. Band, 3. Auflage, Zürich 1985

Literaturverzeichnis

- Gauch Peter/Schluep Walter/Jäggi Peter, Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 1983
- Gaugler Hans, Die paulianische Anfechtung unter besonderer Berücksichtigung der Lebensversicherung, Basel 1944
- Gerhardt Walter, Vollstreckungsrecht, Berlin 1974
- Guhl Theo/Merz Hans/Kummer Max, Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980
- Hangartner W., Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1929
- Hinderling Hans, Die Anfechtung der kongruenten Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten nach Art. 288 SchKG, ZSR NF 54 (1935), S. 240 ff
- Jaeger Carl, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Zürich 1911
- Jaeger Carl, Sammlung der eidgenössischen Erlasse über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1925
- Jaeger Carl/Daeniker Marta, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911 - 1945, 1. Band, Zürich 1947
- Jaeger Ernst/Lent Friedrich, Konkursordnung, 8. Auflage Berlin 1958
- Jauering Othmar, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 17. Auflage, München 1985
- Krauskopf Lutz, Die Revision des SchKG im Spannungsfeld der Wirtschaftskriminalität, SJZ 1984 S. 17 ff
- Meier Isaak, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, 2. Band, 2. Auflage, Zürich 1983
- Mentzel Franz/Kuhn Georg/Uhlenbruck Wilhelm, Konkursordnung, 9. Auflage, München 1979
- Müller Emil, Anfechtungsklage nach Art. 288 SchKG und Kreditgeschäft, SJZ 1951, S. 233 ff
- Näf Alois, Die Sicherung von Gläubigerrechten im Hinblick auf den Konkurs des Schuldners, Freiburg 1983
- von Overbeck Alfred, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1940.

- Walder Hans Ulrich, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht III, Vorlesungsscriptum, Zürich 1983
- Walder Hans Ulrich, Gläubigerbegünstigung, BlSchK 1967, S. 1ff
- Weber Leo/Brüstlein Alfred, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Zürich 1901
- Zingg E., Leitfaden für Schuldbetreibung und Konkurs, Weinfelden 1939
- Zürcher Emil, Die actio pauliana nach gemeinem Recht und den neueren Codifikationen, Zürich 1872
- Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1981, Bern 1981
- Bericht zum Vorentwurf, Bern 1981
- Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Vorentwurf zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Bern 1984

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21.7.1879
ASchK	Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BG	Bezirksgericht
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
KO	(Deutsche) Konkursordnung
OG	Obergericht
OR	Obligationenrecht vom 30.3.1911
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889
SJK	Schweizerische juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZR	Blätter für Zürcher Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht



I. TEIL: GRUNDLAGEN

1. Kapitel: Der systematische Aufbau des Anfechtungsrechtes

Die konkursrechtliche Gläubigeranfechtung, auch paulianische Anfechtung genannt, ist ein Institut, das seit dem römischen Recht immer wieder in Rechtsordnungen auftauchte und auch im schweizerischen und deutschen Betreibungs- und Konkursrecht, die beide vor etwa hundert Jahren entstanden, nicht fehlt.

Mittlerweile scheint der Glanz dieses altehrwürdigen Institutes allerdings etwas verblichen zu sein, wie auch die immer spärlicher werdenden Gerichtsurteile bestätigen. ¹⁾ Krauskopf spricht von der "etwas ältlich gewordenen Actio Pauliana mit ihren recht stumpf gewordenen Anfechtungsmöglichkeiten" ²⁾.

Woran mag es liegen, dass die einstmals als bissiges Wehrmittel für die Gläubiger gedachte Anfechtung quasi zu einem zahnlosen Wachhund geworden ist?

Fritzsche ³⁾ glaubt, dass es sich beim Anfechtungsrecht um schwieriges Juristenrecht handelt. Zahlreiche Autoren stimmen ihm darin bei und erhärten diesen Eindruck mit überaus komplizierten Kommentaren. Widersprüchliche Entscheide in Anfechtungsprozessen und an den Haaren herbeigezogene umständliche Begründungen ⁴⁾ dazu sprechen die gleiche Sprache.

So ist es auch nicht verwunderlich, wenn Krauskopf ⁵⁾ sagt:

"Die bisherige Praxis zeigt an, dass eine Erleichterung der paulianischen Anfechtung dringend notwendig ist."

1) Vernehmlassungsergebnisse S. 752 (SH)

2) SJZ 1984, S. 19

3) BLSchK 1947, S. 131

4) Beispiele für beides folgen im Verlauf der Behandlung

5) SJZ 1984, S. 21

Allein, der Grund für all die praktischen Schwierigkeiten liegt nicht, wie Fritzsche ¹⁾ glaubt, darin, dass sich der Gesetzgeber mit allgemeinen Grundsätzen begnügt hat, anstatt eine reiche Kasuistik zu präsentieren. Der Grund für all die vielen Missverständnisse liegt schlicht und einfach im falschen Ansatz des Gesetzgebers und der Kommentatoren.

Ausgehend von einem historischen Ansatzpunkt, der früher einmal seine Berechtigung hatte, diese aber im Wandel der Zeit verlor, versuchen sie alle krampfhaft, die Anfechtung nach den möglichen Rechtshandlungen zu ordnen. ²⁾

Sie füllen Seite um Seite mit möglichen anfechtbaren Rechtshandlungen.

Weil sie mit diesem unglücklichen Lösungsansatz wegen der unüberblickbaren Fülle von möglichen Rechtshandlungen aber auf unüberwindbare Probleme stossen, begnügen sie sich damit, zu bekräftigen, wie überaus kompliziert das Anfechtungsrecht doch sei ³⁾ und bemühen sich gar nicht mehr, die dem Anfechtungsrecht - sowohl dem schweizerischen wie auch dem deutschen - wirklich zugrunde liegende absolut einfache und leicht verständliche Systematik ⁴⁾ zu erkennen. Diese lässt sich aber grafisch problemlos darstellen.

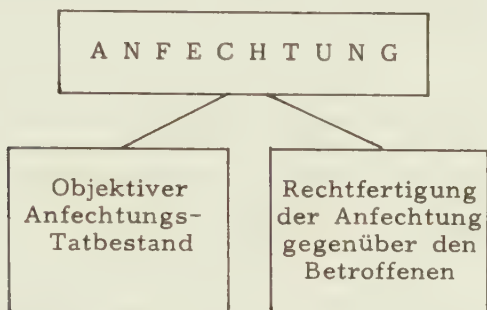
1) S. 275

2) Fritzsche S. 276: "Die Ordnung der Anfechtungsklage stellt dem Gesetzgeber unzweifelhaft schwierige Aufgaben. Der Kreis der anfechtbaren Tatbestände muss genau umschrieben werden." Vgl. auch hinten S. 88 ff

3) als Beispiel für viele: Fritzsche S. 277 "alle diese Lagen sind so vielgestaltig, dass die Lehre notgedrungen einen schwierigen juristisch-technischen Charakter annimmt."

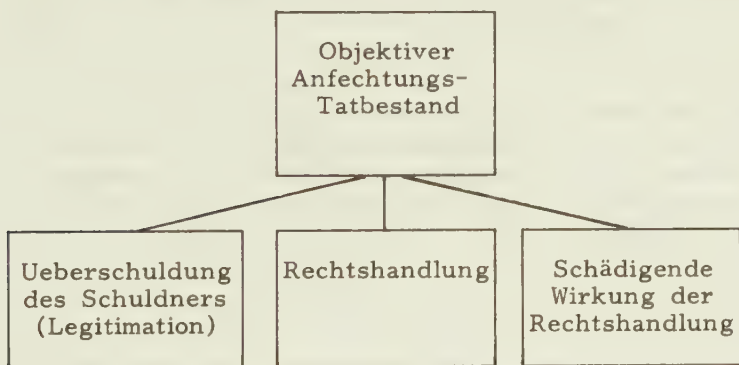
4) Ansätze zu der von mir vertretenen Systematik finden sich auch bei Baur/Schönke S. 344 ff

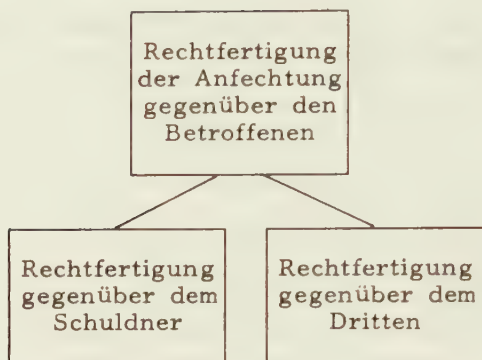
Das folgende Schema zeigt den grundsätzlichen Aufbau der Anfechtung auf oberster Ebene:



Auf diesen simplen zwei Voraussetzungen baut die ganze Anfechtung auf. Zuerst muss ein objektiver Anfechtungstatbestand vorliegen, damit die Anfechtung überhaupt einen Sinn haben kann, dann müssen die Wirkungen der Anfechtung den Betroffenen gegenüber gerechtfertigt sein, weil die Anfechtung in zivilrechtlich gültige Rechtshandlungen eingreift und damit die Rechtssicherheit beeinträchtigt.

Dieser Lösungsansatz lässt sich nun mühelos weiterentwickeln:





Auf dieser zweiten Stufe haben wir nun den praktischen Inhalt der zwei grundsätzlichen Voraussetzungen.

1. Das Vorliegen des Anfechtungstatbestandes kann geprüft werden, wenn die Gläubiger nicht vollständig befriedigt worden sind, d.h. wenn Pfändungsverlustscheine ausgestellt worden sind, oder wenn der Konkurs eröffnet wird und darum anzunehmen ist, dass Konkursverlustscheine ausgestellt werden müssen.

Ist dies der Fall, so können die Rechtshandlungen, die zu diesem Resultat geführt haben, die also in ihrer Wirkung für die Gläubiger schädigend waren, unter die Lupe genommen werden.

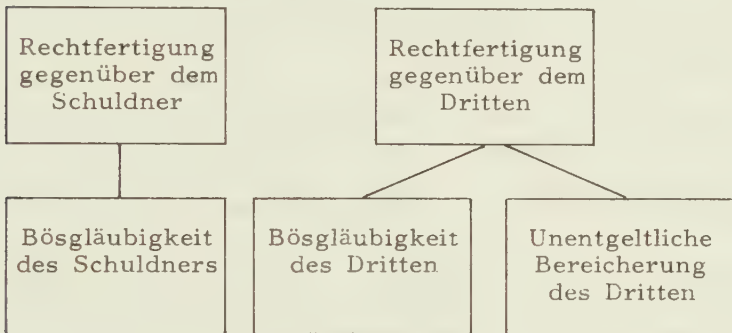
Bereits aus dieser einfachen Ueberlegung ergibt sich, dass für die Anfechtung überhaupt nur Rechtshandlungen in Frage kommen, welche zur unvollständigen Gläubigerbefriedigung beigetragen ¹⁾ haben, welche also schädigend waren.

1) Zürcher S. 8

Ist dies nämlich nicht der Fall, wie zum Beispiel bei der Annahme einer Schenkung durch den Gemeinschuldner, so ist auch die gewünschte Wirkung der Anfechtung, nämlich die Besserstellung der Gläubiger, nicht möglich.

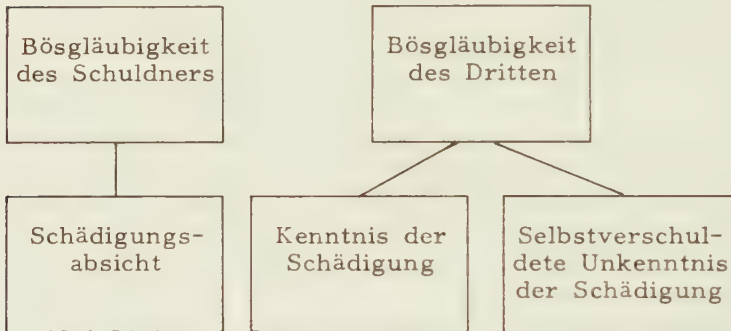
2. Die Anfechtung greift in eine zivilrechtlich gültige Rechtshandlung ein. Wird diese Rechtshandlung in ihren Wirkungen rückgängig gemacht, so ist gegenüber den davon Betroffenen eine Rechtfertigung aus Gründen der Rechtssicherheit geboten.

Worin diese Rechtfertigung grundsätzlich besteht, zeigt das nächste Schema:



1. Die Rechtfertigung des Eingriffs in eine zivilrechtlich gültige Rechtshandlung des Schuldners beruht auf dessen mala fides, auf der Bösgläubigkeit. Wer bösgläubig ist, verdient keinen Rechtsschutz, die Berufung darauf wäre rechtsmissbräuchlich. Worin sich diese Bösgläubigkeit des Schuldners im konkreten Fall Anfechtung manifestiert, zeigt die dritte Ebene des Schemas.

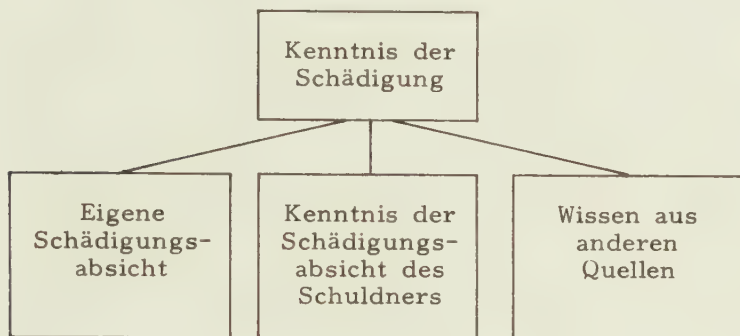
2. Der Dritte ist von der Anfechtung am stärksten betroffen. Er muss die Zwangsvollstreckung in seine zivilrechtlich gültig erworbenen Rechte dulden. Dies kann ihm nur in zwei Fällen zugemutet werden, nämlich erstens, wenn er bösgläubig ist und sich demzufolge nicht auf den Rechtsschutz berufen kann, und zweitens, wenn er unentgeltlich bereichert ist und durch die erfolgreiche Anfechtung nicht mehr als die unentgeltliche Bereicherung verliert. Mag dieser zweite Rechtfertigungsgrund moralisch auch nicht ganz so befriedigend sein, wie der erste, so muss doch beachtet werden, dass es um die Abwägung der Interessen von geschädigten Gläubigern und unentgeltlich bereichertem Dritten geht. Worin sich die (eventuale) Bösgläubigkeit des Dritten manifestiert, zeigt ebenfalls das nächste Schema.



Auf dieser Ebene erst zeigen sich nun ersten Berührungspunkte zu den gesetzlichen Regelungen, die vermeintlich grundsätzlichen Voraussetzungen der Gesetze.

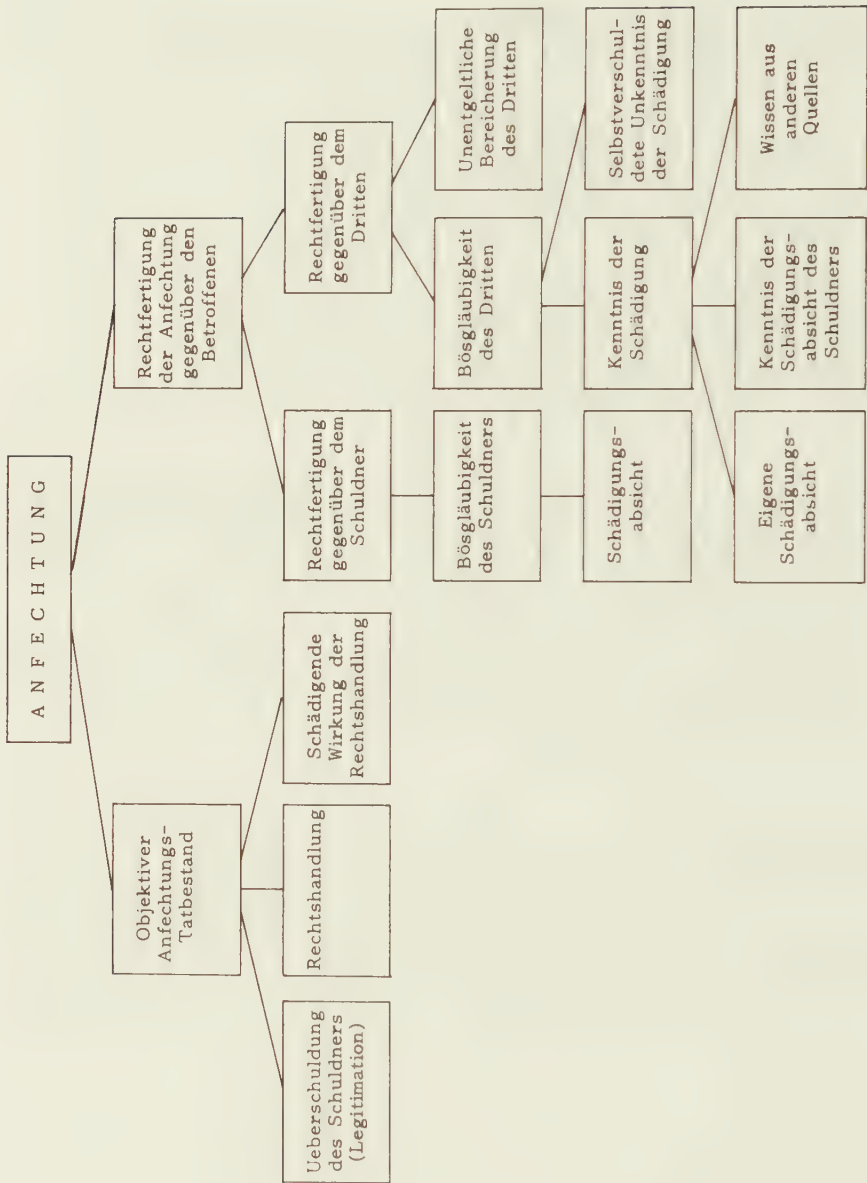
Die Bösgläubigkeit des Schuldners manifestiert sich darin, dass dieser die Gläubiger absichtlich schädigte, die Bösgläubigkeit des Dritten, darin, dass er diese schädigende Wirkung der schulnerischen Rechtshandlung kannte, oder hätte kennen müssen.

Die Kenntnis der schädigenden Wirkung kann beim Dritten mehrere Ursachen haben, wie das nächste Schema zeigt.



Im SchKG finden wir nur die zweite dieser drei möglichen und absolut gleichwertigen Ursachen für die Kenntnis der schädigenden Wirkung und somit für den bösen Glauben des Dritten. Die anderen beiden Ursachen sind im Gesetz nicht enthalten.

Fassen wir nun das ganze ausführliche Schema zusammen, so ergibt sich das Bild auf der folgenden Seite.



Eine erste grundsätzliche Erkenntnis ergibt sich bereits in diesem Stadium der Betrachtung:

Es kann gar nicht mehrere verschiedene Anfechtungen nebeneinander geben, wie das aus dem schweizerischen und deutschen Gesetzesaufbau fälschlicherweise geschlossen wurde.

Es wird immer eine für die Gläubiger schädigende Rechtshandlung angefochten und es liegt immer eine Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner und dem Dritten vor.

Die Unterschiede innerhalb der Anfechtung spielen sich lediglich auf der prozessualen Ebene ab. Dort ist es sinnvoll, nach der Art der Rechtshandlung zu fragen und die Beweislasten und gesetzlichen Vermutungen danach zu normieren.

Dies haben die Gesetzgeber getan und dies wurde fast von der gesamten Literatur ¹⁾ dahingehend missverstanden, die verschiedenen Arten von Rechtshandlungen seinen auch materiell verschieden normiert. Wer sich Gedanken zum obigen Schema macht, erkennt unschwer, dass diese Meinung nicht ist und dass sowohl Autoren als auch Richter ein Jahrhundert lang den falschen Weg gegangen sind.

Das erste Ziel meiner Arbeit ist es nun, die materiellen und prozessualen Voraussetzungen der Anfechtung im SchKG, AnfG und in der KO systematisch darzustellen, das heisst, das bereits schematisch vorweggenommene Resultat ausführlich herzuleiten und zu begründen.

1) Mit Ausnahme von Meier, S. 52, der erkannt hat, dass Art. 288 der Grundtatbestand und Art. 286 und 287 nur prozessual erleichterte Unterfälle sind.

In eine ähnliche Richtung geht auch Hangartner S. 32: "... dass das Gesetz die Anfechtung von Rechtshandlungen unter bestimmten objektiven Voraussetzungen in Art. 286 und 287 erleichtert."

Zweites Ziel ist es, im Hinblick auf die pendente SchKG-Revision einen systematisch überzeugenden und einfachen Gesetzestext mit den Voraussetzungen der Anfechtung vorzulegen, der die notwendigen formellen und materielle Aenderungen gegenüber dem geltenden Recht und gegenüber dem Vorentwurf enthält.

Die vorliegende Dissertation beschränkt sich ausdrücklich auf die Voraussetzungen der Anfechtung. Bemessung und Inhalt der 'Rückerstattung' werden nur am Rande gestreift.

2. Kapitel: Die Entstehung des Anfechtungsrechtes

A) Das römische Recht

Die Gläubigeranfechtung wurde nach heutigen Wissen zum ersten Mal im römischen Recht normiert, um die Gläubiger vor benachteiligenden Handlungen des Schuldners zu schützen.¹⁾

Wenn auch keine genaue Systematik der römischrechtlichen Anfechtung überliefert ist²⁾, so sind doch einige Charakteristika deutlich zu erkennen:

Die Anfechtung beruhte stets auf einer absichtlichen schädigenden Handlung des Schuldners. Zürcher³⁾ spricht vom "Erforderniss des Willens, der böslichen Absicht".

1) Brand, SJK 742 S. 2: "Der Grundgedanke der Anfechtungsklage, den Gläubiger vor Benachteiligung zu schützen, hatte schon im römischen Recht gesetzgeberischen Ausdruck gefunden."

2) Zürcher, S. 1, spricht von einer "verhältnismässigen Dürftigkeit und Unklarheit der Quellenstellen"

3) S. 7

Die Elemente der römischrechtlichen Anfechtung waren die alienatio (die Vermögensentäußerung), der eventus fraudis der Gläubiger (der Schaden), der animus fraudandi des Schuldners (die Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht) und in der Regel die mala fides des Gegners (die Mitwissenschaft).

"Ohne Nachweis dieser vier Erfordernisse kann eine allgemeine Pauliana nicht Erfolg haben." ¹⁾

Eine Zweiteilung der römischen Rechtsbehelfe ergab sich aus der Stellung des Dritten, des Gegners. Die Anfechtung gegen den mitwissenden Dritten beruhte auf dessen mala fides, die Anfechtung gegen den unwissenden ²⁾, der die bona fides hatte, dagegen auf der unentgeltlichen Bereicherung zulasten der Gläubiger.

"Nur wenn der gutgläubige Dritte etwas lukriert hat, wenn er durch einen Akt der Liberalität des Schuldners, oder durch Erwerb durch einen Vertreter reicher - locupletior - geworden ist, geschieht ihm kein Unrecht - das lehren die oben zitierten Stellen insgesamt -, wenn ihm das lucrum, das ihm der Schuldner zum Nachteil der Gläubiger zuwendete, in dem Umfang, als er es noch hat, von den benachteiligten Gläubigern wieder entzogen wird." ³⁾

1) Brand ASchK 1902, S. 11

2) "interdum causa cognita etsi conscientia non sit in factum actionem permittam", Zürcher S. 30

3) Brand ASchK 1902, S. 33

B) Die mittelalterlichen Rechte

Auch das mittelalterliche italienische und germanische Recht kannten die Gläubigeranfechtung.

In den mittelalterlichen italienischen Stadtrechten setzte sich bald die Erkenntnis durch, dass das überlieferte römische Recht zu sehr auf subjektiver Grundlage aufgebaut war und mit den schwer zu erbringenden Beweisen den Bedürfnissen des Verkehrs nicht mehr genügte.

Man begann darum, aus dem Verhalten des Schuldners, aus der Art der einzelnen Rechtsgeschäfte, Schlussfolgerungen für die Insolvenz ¹⁾ und die Schädigungsabsicht zu ziehen. ²⁾

So entstanden gesetzliche Vermutungen, die ihren Grund in der Verbindung von besonderer Rechtshandlung und zeitlicher Nähe (Frist) zur späteren Konkurseröffnung hatten.

Vermutet wurden zunächst die Insolvenz und die schädigende Absicht des Schuldners. Bald stellte sich jedoch heraus, dass absolute Fristen für die Vermutung der Insolvenz untauglich waren, weil sich die Verhältnisse, die zum Konkurs führen konnten, nicht so einfach schematisieren liessen. Die Entscheidung darüber, ob zu einer bestimmten Zeit Insolvenz vorgelegen habe, wurde darum dem Richter überlassen. ³⁾

Aufrecht erhalten blieb dagegen die Vermutung der schuldnerischen Absicht.

So zum Beispiel in den Statuten von Genua ⁴⁾, welche für die Anfechtung einer Schenkung eine lange Frist kannten, "... weil eine betrügliche Absicht offenbarend ..."

-
- 1) Unklar ist, ob Brand damit wirklich Insolvenz meint, oder nicht eher die Ueberschuldung
 - 2) Brand ASchK 1902, S. 44f mit vielen Beispielen
 - 3) Brand ASchK 1902, S. 49
 - 4) Gaugler S. 73

Dass die Frist ihren Ursprung und ihre Bedeutung im subjektiven Moment beim Schuldner hat, hat auch Gaugler ¹⁾ erkannt:

"Eine Neuschöpfung bedeutete lediglich die Rückbeziehung der Konkurswirkungen auf einen bestimmten vor der formellen Konkursöffnung liegenden Zeitpunkt, wobei freilich auch diese Ordnung vorerst in der Dolustheorie wurzelte."

Für die neueste Rechtsfortbildung illustrativ ist ferner eine weitere Besonderheit:

Die genau gleiche Vermutung, wie sie das mittelalterliche Recht bereits kannte, enthalten auch das geltende schweizerische und deutsche Recht. Während man sich dieser Vermutung im Mittelalter aber noch bewusst war, ist sie heute in Vergessenheit geraten.

Wo im geltenden Recht eine spezielle Art von Rechtshandlung mit einer Frist kombiniert wird und dafür prozessual kein Absichtsbeweis mehr notwendig ist ²⁾, da merkt heutzutage niemand mehr, dass es sich in Wirklichkeit lediglich um eine Beweiserleichterung, um eine gesetzliche Vermutung der Absicht, handelt.

Welche sonderbaren Blüten diese Ignoranz in unseren Gerichtssälen getrieben hat, wird noch zur Sprache kommen.

Eine weitere Neuheit hatte ihren Ursprung im Mittelalter:

Seit anstelle der faktischen Insolvenz und zugleich oft auch der Flucht des Schuldners, welche den Beginn der Zwangsvollstreckung unter gleichmässiger Gläubigerbefriedigung markierte, die formelle gerichtliche Konkursöffnung getreten war, gab es immer eine zeitliche Differenz zwischen Eintritt der Insolvenz und Konkursöffnung. Das führte zum System der Rückdatierung des Konkurses für die Anfechtung auf den Zeitpunkt des Eintrittes der Insolvenz, weil von da an schon die materielle Konkurslage gegeben war.

1) S. 76

2) Diese drei Elemente gehören in den betreffenden Bestimmungen von SchKG, KO und AnfG durchwegs zusammen!

Ausgehend davon, dass der Schuldner von der Konkurseröffnung an nicht mehr über seine Aktiven verfügen durfte und diese nur noch zur gleichmässigen Gläubigerbefriedigung liquidiert werden konnten, wurden alle Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners für eine gewisse Zeit vor der offiziellen Konkurseröffnung der Anfechtung unterstellt.

Die dafür normierte relativ kurze aber starre Frist beinhaltete eine unwiderlegbare Vermutung dafür, dass die materielle Konkurslage während dieser Frist bereits bestand.

Diese Frist hatte damit eine grundlegend andere Bedeutung als die zuerst besprochene, die immer nur zusammen mit einer besonderen Art der Rechtshandlung vorkommt und damit die schuldnerische Absicht vermuten lässt.

Bei dieser absoluten Anfechtung aller ¹⁾ Rechtshandlungen vor dem Konkurs, ging es nicht mehr wie bei der üblichen Anfechtung darum, schädigende Rechtshandlungen rückgängig zu machen, sondern vielmehr darum, den Zustand wieder herzustellen, wie er zu Beginn des materiellen Konkurses, also der Zahlungseinstellung bestanden hatte.

Ein Ueberbleibsel dieser speziellen Anfechtung, die ich weder für glücklich noch für nötig erachte, weil schädigende Rechtshandlungen ohnehin angefochten werden können, und die Anfechtung nichtschädigender keinen Sinn hat, findet sich noch heute in § 30 der deutschen KO als (besondere) 'Konkursanfechtung'.

1) Statuten von Rom [Gaugler S. 70]; Reglement der Lyoner Kaufmannschaft 1667 [Gaugler S. 76]

C) Die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts

Die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts ¹⁾ übernahmen die Elemente des römischen Rechts. Sie beschäftigten sich ebenfalls mit der allfälligen bona fides des Dritten und liessen die Anfechtung gegen den gutgläubigen Dritten in der Regel nur zu, wenn er unentgeltlich bereichert war. Sie enthielten zudem zahlreiche Variationen der Beweislastverteilung, indem sie in Einzelfällen gesetzliche Vermutungen anstelle des strikten Nachweises treten liessen.

Zukunftsweisend war diesbezüglich das preussische Recht, das Vermutungen für die Arglist und die Insolvenz aufstellte. Ebenso wurden im französischen Code de Commerce die Insolvenz für eine gewisse Zeit vor der Konkurseröffnung und die Absicht bei inkongruenten Deckungen und gewissen Schenkungen vermutet.

Das neuenburgische Recht kannte weitgehende Vermutungen für die Anfechtungen von Handlungen innerhalb der letzten sechs Wochen vor Konkurs, auferlegte jedoch dem Kläger den Beweis für die länger zurückliegenden Handlungen.

Das sanktgallische Recht erlaubte die Anfechtung auch gegenüber dem gutgläubigen Dritten, sofern die Handlung innert drei Wochen vor Konkurs vorgenommen wurde, jedoch nur gegenüber dem bösgläubigen, wenn die Handlung weiter zurücklag.

Diese unvollständige Aufzählung zeigt die zwei grössten Probleme der Anfechtung in Bezug auf die Voraussetzungen deutlich:

Erstens, wie weit soll die Anfechtung auch gegenüber einem gutgläubigen Dritten zugelassen werden und zweitens, wie weit sollen die einzelnen Tatbestandsmerkmale zur Erleichterung der Beweislast des Anfechtenden vom Gesetz vermutet werden.

1) Uebersicht bei Zürcher S. 46ff

3. Kapitel: Die Systematik der geltenden Rechte

A) Uebersicht über die Anfechtungstatbestände des SchKG

Im schweizerischen Recht ist die Anfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses einheitlich in den Art. 285 - 292 SchKG geregelt. Die Art. 286 - 288 enthalten auf den ersten Blick gesehen drei verschiedene Anfechtungstatbestände, die ich hier in einer kurzen Uebersicht darstelle, ohne auf Details einzugehen.

1. Die Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG)

Sie erfasst Freigiebigkeitsakte des Schuldners sowie den Erwerb einer Rente oder Nutzniessung, sofern diese innert sechs Monaten vor Konkurseröffnung vorgenommen wurden. Der Nachweis des Anfechtenden beschränkt sich hier auf die definierte Handlung und die Einhaltung der Frist, ist also relativ leicht zu erbringen.

2. Die Ueberschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG)

Hier sind gewisse Sicherungs- und Tilgungshandlungen anfechtbar, sofern der Schuldner diese innert sechs Monaten vor Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat.

Soweit entspricht dieser Tatbestand in bezug auf die Beweisschwierigkeit der Schenkungsanfechtung.

Erschwerend kommt hier nun aber dazu, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet sein musste, was ebenfalls vom Anfechtenden nachzuweisen ist.

Ein weiteres indirekt genanntes Element ist die Kenntnis der Vermögenslage beim Dritten. Diese ist jedoch nicht nachzuweisen, sondern wird vermutet und kann vom Dritten widerlegt werden, womit diese Anfechtung zu Fall gebracht wird.

Die prozessuale Stellung des Anfechtenden ist bei der Ueberschuldungsanfechtung also bereits eine Stufe schlechter als bei der Schenkungsanfechtung.

3. Die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)

Hier gibt es im Gegensatz zu den beiden vorgenannten Fällen keine Beschränkung auf gewisse Arten von Handlungen wie Freigiebigkeitsakte oder Tilgungen. Der Absichtsanfechtung unterliegt grundsätzlich jede Handlung. Dies bringt dem Anfechtenden vorerst eine Erweiterung seiner Möglichkeiten, zumal auch das Element der 6-Monatsfrist wegfällt.

Ganz drastisch erschwert wird die Anfechtung jedoch durch die weiteren Erfordernisse der Benachteiligungsabsicht und deren Erkennbarkeit für den Gegner. Diese subjektiven Elemente sind vom Anfechtenden nachzuweisen. Dagegen muss keine Ueberschuldung im Zeitpunkt der Handlung nachgewiesen werden. Insoweit also eine kleine Erleichterung gegenüber der Ueberschuldungsanfechtung.

Insgesamt gesehen ist der prozessuale Stand des Anfechtenden bei der Absichtsanfechtung aber nochmals erheblich schwerer geworden.

4. Die Beurteilung der Systematik

Die schweizerische Regelung folgt in ihrem Aufbau also klar dem prozessualen Schwierigkeitsgrad.¹⁾ Wie unbefriedigend diese optisch einwandfreie Lösung in Wirklichkeit ist, zeigt das Folgende.

1) Amonn S. 420: "Diese Einteilung der Anfechtungstatbestände hat insofern noch praktische Bedeutung, als die Anforderungen der Anfechtungsmöglichkeiten von Gruppe zu Gruppe steigen."

B) Uebersicht über die Anfechtungstatbestände von KO und AnfG

Im deutschen Recht ist die Anfechtung nach erfolgter Konkurs-eröffnung in der Konkursordnung geordnet, die Anfechtung ausserhalb Konkurs dagegen im Anfechtungsgesetz. § 3 des Anfechtungsgesetzes stimmt fast wörtlich mit den §§ 31 und 32 der Konkursordnung überein.

1. Die Konkursanfechtung (§ 30 KO)

§ 30 enthält drei verschiedene Fälle, denen gemeinsam ist, dass die Handlung nach oder kurz vor Zahlungseinstellung oder Konkursantrag vorgenommen wurde.

a) Anfechtbar sind schädigende Rechtsgeschäfte des Schuldners, welche dieser nach Zahlungseinstellung oder Konkursantrag vorgenommen hatte, sofern der Dritte die Zahlungseinstellung bzw. den Konkursantrag kannte.

Der Anfechtende hat die schädigende Handlung, die Kenntnis des Dritten von Zahlungseinstellung oder Konkursantrag sowie die Fristeinhaltung nachzuweisen, dagegen keine Schädigungsabsicht und auch nicht deren Kenntnis.

b) Anfechtbar sind weiter kongruente oder inkongruente Deckungshandlungen nach Zahlungseinstellung oder Konkursantrag, sofern dem Dritte die Zahlungseinstellung bzw. der Konkursantrag bekannt war.

Der Anfechtende hat die Deckungshandlung, die Kenntnis des Dritten von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrag sowie die Fristeinhaltung nachzuweisen, wird aber vom Nachweis des Schadens, der Schädigungsabsicht und deren Kenntnis beim Dritten befreit.

c) Anfechtbar sind schliesslich inkongruente Deckungshandlungen nach oder innerhalb der letzten zehn Tage vor Zahlungseinstellung oder Konkursantrag.

Der Anfechtende hat nur noch die inkongruente Deckungshandlung und die Fristeinhaltung nachzuweisen.

Der Dritte kann sich exculpieren, sofern er nachweist, dass er die Begünstigungsabsicht des Schuldners nicht gekannt hat und auch von der Zahlungseinstellung nichts gewusst hat, falls die Handlung danach stattgefunden hat.

In all diesen Fällen spielt die Dauer zwischen Handlung und Konkurseröffnung keine Rolle, sofern sich die Anfechtung auf die Kenntnis des Konkursantrages stützt.

Stützt sie sich dagegen auf die Kenntnis der Zahlungseinstellung, so ist die Anfechtung in dieser Form nur zulässig, wenn zwischen Handlung und Konkurseröffnung höchstens sechs Monate verstrichen sind. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem schlecht plazierten und schwerverständlich formulierten § 33 KO.

2. Die Absichtsanfechtung (§ 31 KO; § 3 Nr. 1 und 2 AnfG)

a) Anfechtbar sind Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner in Schädigungsabsicht vorgenommen hat, sofern der Dritte diese Absicht kannte.

Der Anfechtende hat die Rechtshandlung, die Schädigungsabsicht und deren Kenntnis nachzuweisen, wogegen nach dem Wortlaut kein durch diese Handlung wirklich entstandener Schaden nachgewiesen werden muss.

b) Anfechtbar sind entgeltliche Verträge des Schuldners mit gewissen Verwandten, falls diese Verträge innerhalb des letzten Jahres vor Konkurseröffnung geschlossen wurden und die Gläubiger dadurch zu Schaden kamen.

Der Anfechtende hat den Vertragsschluss, die Verwandtschaft, den Schaden und die Frist nachzuweisen, wogegen sich der Gegner exculpieren kann, indem er nachweist, dass ihm die Begünstigungsabsicht nicht bekannt war.

3. Die Schenkungsanfechtung (§ 32 KO; § 3 Nr. 3 und 4 AnfG)
Anfechtbar sind unentgeltliche Verfügungen des Schuldners innert der letzten zwei Jahre vor Konkurseröffnung, sofern der Begünstigte der Ehegatte des Schuldners ist, und innert dem letzten Jahr, wenn andere Personen begünstigt sind.

Der Anfechtende hat die unentgeltliche Verfügung, die Frist und allenfalls die Ehe nachzuweisen.

In gleicher Weise wie unentgeltliche Verfügungen können Leistungen eines Erben aus dem Nachlass von einem im Rang gleichstehenden oder vorangehenden Nachlassgläubiger angefochten werden.

4. Die Sicherungsanfechtung (§ 32a KO; § 3b AnfG)

Anfechtbar ist die Sicherung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen durch die GmbH, sowie die Tilgung solcher Darlehen innerhalb eines Jahres vor Konkurseröffnung.

Der Anfechtende muss beweisen, dass es sich um ein kapitalersetzendes Darlehen handelt hat, und dass dieses sichergestellt, bzw. innert Frist getilgt wurde.

5. Beurteilung der Systematik

Während das AnfG mit der Absichtsanfechtung beginnt, die nach Mentzel/ Kuhn/Uhlenbruck ¹⁾ der Regelfall ist, und anschliessend die Schenkungsanfechtung als Ausnahme enthält, beginnt die KO mit der besonderen Konkursanfechtung, die noch auf dem System der Rückdatierung des Konkurses beruht. Anschliessend folgt der Grundtatbestand der Absichtsanfechtung und danach sind erleichterte Fälle aufgeführt. Der schlecht verständlich formulierte § 33 schliesslich, der sich lediglich auf die Konkursanfechtung ²⁾ bezieht ³⁾, steht am Schluss nach der Absichts- und Schenkungsanfechtung.

1) Inhaltsübersicht zu § 31

2) § 30 KO

3) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck N 1 zu § 33; Böhle-Stamschräder/
Kilger N 4 zu § 33

Innerhalb der Konkursanfechtung überschneiden sich Fälle ¹⁾, es fehlt hier die saubere Abgrenzung.

Im Ganzen gesehen muss die KO gleich qualifiziert werden wie das SchKG: Der Aufbau ist in beiden Fällen unbefriedigend, die Abhängigkeiten zwischen den Tatbeständen sind vertuscht und überdies ist die Formulierung hinsichtlich der ausdrücklichen Aufzählung aller verlangten Tatbestandselemente wie im SchKG so auch in der KO und im AnfG mangelhaft.

C) Rechtsvergleich

Die beiden Rechtsordnungen haben - wenn nicht optisch, so doch inhaltlich - viele Gemeinsamkeiten. Beide sehen ähnliche, teils gleichlautende objektive und subjektive Tatbestandselemente vor. Auch die Beweisvorschriften gleichen sich häufig. Allen Tatbeständen gemeinsam ist das objektive Element der gläubigerschädigenden Rechtshandlung.

Unterschiedlich sind die Ordnungen vorallem in der äusseren Form. Das deutsche Anfechtungsrecht ist in zwei, das schweizerische in einem Gesetz festgehalten. Die Formulierungen im deutschen Recht sind sehr umständlich und schwierig verständlich. Sie begünstigen die Missverständnisse noch mehr als dies im schweizerischen Recht der Fall ist.

1) Böhle-Stamschräder/Kilger § 30 N 1

4. Kapitel: Die Auswirkungen der historischen Entwicklung

Charakteristisch für die gesamten älteren Anfechtungsordnungen ist die ausgeprägte Kasuistik, ein historisches Ueberbleibsel aus den Anfängen des Rechts.

Im allgemeinen versucht man heute, abstrakte und umfassende Regelungen anstelle kasuistischer Aufzählungen zu normieren. Das schweizerische wie auch das deutsche Anfechtungsrecht sind in dieser Beziehung Zwitter.

Entstanden gegen Ende des 19. Jahrhunderts weisen sie zwar in den Grundzügen bereits die neuzeitliche Konzeption auf, führen diese aber nicht konsequent durch, sondern bleiben zum Teil der überlieferten Kasuistik verhaftet:

Neben die zwar vorhandenen Generalnormen treten kasuistische Spezialnormen, deren Verhältnis zur Generalnorm nicht eindeutig klargestellt sind. Unbegreiflich ist darum, weshalb Fritzsche ¹⁾ schreibt:

"Anstelle eingehender Kasuistik streten allgemeine Grundsätze, die der Gerichtspraxis zahlreiche Probleme gestellt und zu einer sehr umfangreichen wissenschaftlichen Literatur geführt haben", zumal er hinten ²⁾ selbst einschränkt, das schweizerische Anfechtungsrecht beschränke "... sich in der Hauptsache auf allgemeine Grundsätze ..."

Es sind eben gerade nicht die allgemeinen Grundsätze, welche zur umfangreichen Literatur und zum schlechten Ruf der Anfechtung geführt haben, sondern die dazwischen enthaltende Kasuistik.

Die Quintessenz dieser Arbeit wird es sein, zu zeigen, wie das Anfechtungsrecht effektiv mit Grundsätzen aufgebaut werden kann, und zwar so, dass es jedermann verständlich ist.

1) S. 275

2) S. 276

Der wachsenden Vielfalt von Vertragsformen und Rechtshandlungen im 20. Jahrhundert sind die inkonsequenten Regelungen des schweizerischen und deutschen Rechts nicht mehr gewachsen. Immer mehr zeigen sich in der Praxis die auf der unklaren gesetzlichen Konzeption und Formulierung beruhenden Mängel.

Es ist darum an der Zeit, sich gedanklich von der historischen Entwicklung zu lösen und der Anfechtung das Gepräge zu geben, das sie aufgrund der heutigen Rechtsrealität benötigt.

Konkret heisst das, dass eine neue gesetzliche Regelung zu schaffen ist, die zwar die grundsätzlichen Elemente der überlieferten Anfechtung beibehält, diese jedoch in eine ins heutige Gesetzesgefüge passende abstrakte Form bringt.

Die gedankliche Loslösung von der historischen Ueberlieferung ist aber auch die Grundvoraussetzung für die unverfälschte Erkenntnis der Systematik, die untergründig schon dem heutigen Recht immanent ist, obwohl sich die Gesetzgeber dieser Systematik selbst noch nicht so recht bewusst waren. So entstanden zwangsläufig Systemwidersprüche:

"...dass die gesetzgebenden Räte ... von einer dem Geiste des Gesetzes widersprechenden Anschauung geleitet waren und von dem der Anfechtung gesteckten Ziel keine klare Vorstellung hatten." 1)

Die folgende Behandlung beweist den bereits in der Einleitung vorweggenommenen gedanklichen Aufbau der Anfechtung und zeigt auch, wo die Systematik durch die Entstehung bedingt Widersprüche beinhaltet.

1) Gaugler S. 83

5. Kapitel: Die beteiligten Personen

A) An der anfechtbaren Rechtshandlung Beteiligte

1. Der Schuldner

Die anfechtbare Rechtshandlung wird in der Regel vom (Gemein-) Schuldner vorgenommen. Ich verwende im folgenden dafür den Begriff 'Schuldner', ausser es kommt in komplizierteren Verhältnissen ein Drittschuldner vor. In diesem Fall spreche ich der Klarheit halber von 'Gemeinschuldner'.

Als Handlungen des Schuldners gelten auch diejenigen von Stell- und Organvertretern.

2. Der Dritte

Der Dritte ist das Gegenüber des Schuldners bei der Rechtshandlung. Bei Verträgen ist es der Vertragspartner, bei Schuldtilgungen der Gläubiger, bei Schenkungen der Beschenkte, beim Verzicht auf ein Pfandrecht der Pfandeigentümer. Ich verwende im folgenden den Begriff 'Dritter' für das Gegenüber des Schuldners bei den genannten Rechtshandlungen.

3. Die Gläubiger

Als Gläubiger sind alle diejenigen zu verstehen, die zur Zeit der Rechtshandlung Gläubiger des Schuldners sind.

B) An der Anfechtung Beteiligte

1. Der Anfechtende

Während bei der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung in der Regel der Schuldner der Akteur ist, sind es im Anfechtungsverfahren die Anfechtenden. Aus der Natur der Sache heraus können dies nur die im Zwangsvollstreckungsverfahren zu kurz gekommenen Gläubiger des Schuldners sein, also entweder die Pfändungsgläubiger, oder die Konkursgläubiger bzw. an deren Stelle die Konkursverwaltung.

Ob die Anfechtenden ihren Anspruch aktiv, das heisst durch aussergerichtliche Forderung oder durch gerichtliche Klage, oder passiv, das heisst durch Einrede oder Verweigerung der Kollokation geltend machen, spielt für die Anfechtung selbst und die Beweislasten keine Rolle.

Die anfechtenden Gläubiger können die gleichen sein, wie diejenigen im Zeitpunkt der Rechtshandlung, müssen es aber nicht. Der Pfändungsgläubiger oder die Gemeinschaft der Konkursgläubiger haben in diesem Fall faktisch eine eigene Rechtspersönlichkeit, vergleichbar mit einem Verein, der in seinem Bestand und in seinen Rechten vom Mitgliederwechsel nicht berührt wird. Die anfechtenden Gläubiger schöpfen ihre Berechtigung also unter Umständen nicht aus eigenem, sondern aus fremdem Recht.

Wenn von Gläubigern, von geschädigten Gläubigern, die Rede ist, sind darum immer der oder die Pfändungsgläubiger oder die Gesamtheit der Konkursgläubiger gemeint, gleichgültig, zu welchem Zeitpunkt ihr Anspruch entstanden ist.

2. Der Anfechtungsgegner

Die Anfechtung ist nicht ziellos, sie richtet sich immer gegen jemanden. Dieser Jemand wird Anfechtungsgegner genannt.

Der Anfechtungsgegner ist der neue Berechtigte aus dem anfechtbar übertragenen Recht ¹⁾.

In der Regel ist der Anfechtungsgegner mit dem Dritten der Rechtshandlung identisch, dies muss aber nicht zwangsläufig so sein. Es kann sich schon von Beginn weg um zwei verschiedene Personen handeln, beispielsweise wenn der Schuldner mit dem Dritten einen Vertrag mit Begünstigung eines Vierten - des späteren Anfechtungsgegners - abgeschlossen hat. Aber auch die ursprünglich bestehende Identität zwischen Drittem und Anfechtungsgegner kann sich später aufspalten, beispielsweise dann, wenn der Dritte das anfechtbar Erworbene auf einen bösgläubigen Vierten - den späteren Anfechtungsbeklagten - überträgt.

Dieser Vierte und nicht etwa der Dritte nach meiner Begriffsdefinition ist gemeint, wenn das SchKG in Art. 290 vom 'Dritten' spricht. ²⁾

1) SchKG Art. 290

2) Falsch und in sich selbst widersprüchlich ist Zingg S. 107, wenn er als mögliche Beklagte zuerst den Gegner der Rechtshandlung, beispielsweise der Schenkung, nennt und anschliessend davon ausgeht, der Dritte nach Art. 290 SchKG könne eben dieser Gegner sein, der als Gutgläubiger von der Anfechtung aber nicht betroffen werden dürfe.

Der gleiche Verständnisfehler taucht auch in den Protokollen der Expertenkommission auf, wo die Meinung vertreten wird, Art. 287 Abs. 2 könne gestrichen werden, weil in Art. 290 gesagt sei, dass die Rechte gutgläubiger Dritter nicht berührt werden. Als Dritte im Sinne von Art. 290 SchKG gelten nur die Singularsukzessoren des Gegners der Rechtshandlung, bzw. der von Anfang an begünstigte Vierte oder dessen Sukzessoren. Vergleiche dazu Fritzsche S. 290.

In der folgenden Behandlung gehe ich davon aus, dass der Dritte mit dem Anfechtungsgegner identisch ist und verwende darum einheitlich den Begriff 'Dritter'. Wo dies nicht der Fall ist, weise ich speziell darauf hin und verwende auch den Begriff 'Anfechtungsgegner'.

3. Der Schuldner

Der Schuldner ist zwangsläufig immer noch derselbe, der die Rechtshandlung vorgenommen hat, beziehungsweise, über dessen Aktiven oder Passiven verfügt wurden, nur dass er mittlerweile erfolglos ausgepfändet oder in Konkurs gefallen ist und somit die Herrschaft über seine Aktiven eingebüsst hat.

6. Kapitel: Definition der Bilanzbegriffe

Die Begriffe 'Aktiven', 'Schulden', 'Passiven', 'Vermögen', 'Ueberschuldung' etc. sind im Anfechtungsrecht zentral. Es handelt sich durchwegs um Begriffe der Bilanzlehre. Bedauerlicherweise werden diese Begriffe in Gesetz, Literatur und Rechtssprechung nicht einheitlich und oft auch nicht korrekt verwendet. Dadurch entstehen Missverständnisse.

Damit die folgende Begriffe auch dem buchhalterisch nicht geschulten Leser verständlich sind, flechte ich an dieser Stelle eine kurze Uebersicht über die Bilanzkunde ein.

"Die Bilanz ist die auf einen bestimmten Stichtag erstellte Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven" ¹⁾.

Aktiven sind alle materiellen und immateriellen Güter wie Bargeld, Forderungen, Waren, Betriebseinrichtungen, Liegenschaften, Patente etc. Die Aktivseite der Bilanz ist die Investitionsseite. Sie zeigt an, wie das eingesetzte Kapital investiert, verwendet wurde.

1) Blumer/Graf S. 14

Den Aktiven stehen die Passiven gegenüber. Sie zeigen an, woher die investierten Mittel stammen, ob vom Eigentümer oder Berechtigten der Aktiven selbst (Eigenkapital) oder von einem Fremden (Fremdkapital).

Die betragliche Höhe der Aktiven lässt sich feststellen indem man diese auflistet und bewertet ¹⁾, die Höhe des Fremdkapitals ist offenbar, es sind alle Schulden. Das Eigenkapital ergibt sich nun als Differenz zwischen Aktiven und Schulden.

Beispiel:

Aktiven		Passiven	
Bargeld	80	Lieferantenschulden	270
Forderungen	370	Bankschulden	750
Waren	750	Darlehen	300
Mobiliar	190	Total Schulden	1,320
Auto	30		
Patente	50	Eigenkapital	150
Total Aktiven	<u>1,470</u>	Total Passiven	<u>1,470</u>

Es kann aber auch vorkommen, dass der Schuldner mehr Schulden hat als Aktiven. In diesem Fall ist er überschuldet, es liegt eine Unterbilanz vor.

1) zur Problematik der Bewertung siehe S. 31

Beispiel

<u>Aktiven</u>		<u>Passiven</u>	
Bargeld	80	Lieferantenschulden	530
Forderungen	370	Bankschulden	750
Waren	750	Darlehen	300
Mobiliar	190	Total Schulden	1,580
Auto	30		
Patente	50	Unterbilanz	-110
Total Aktiven	<u>1,470</u>	Total Passiven	<u>1,470</u>

Nun zu den Begriffen im einzelnen:

Was auf der Aktivseite steht, sind die Aktiven. Sie werden auch Vermögenswerte oder nur Vermögen genannt. Diese letzte Bezeichnung ist irreführend ¹⁾, wie sich sogleich zeigen wird.

Auf der Passivseite finden wird die Passiven, eingeteilt in Fremdkapital und Eigenkapital. Das Fremdkapital wird üblicherweise korrekt als Schulden bezeichnet, für das Eigenkapital finden wir wieder den Begriff Vermögen oder Reinvermögen ²⁾.

Vermögen kann also eine doppelte und sehr unterschiedliche Bedeutung haben. Einmal ist es der mehr oder weniger handgreifliche Aktivposten, das andere Mal ein Passivposten, nämlich die Differenz zwischen Aktiven und Schulden.

In Literatur und Entscheiden ist oftmals nicht klar, welche Bedeutung des Begriffes 'Vermögen' gemeint ist.

1) Blumer/Graf S. 14

2) Diese Begriffe werden vorallem auch im Steuerrecht verwendet.

Wo kein Eigenkapital mehr vorliegt, wo die Aktiven wertmässig also geringer sind als die Schulden, spricht man von Unterbilanz oder Ueberschuldung.

Die Ueberschuldung wird vielfach mit der Insolvenz, das heisst der mangelnden Liquidität, verwechselt. Obwohl beide Erscheinungen zum Konkurs führen können, handelt es sich zwei verschiedene Dinge:

Die Insolvenz kann auch bei einem (noch) nicht überschuldeten Schuldner vorliegen, dann nämlich, wenn er das ganze Kapital mögen in schwer liquidierbare Aktiven investiert hat und ihm die flüssigen Mittel zur Bezahlung der fälligen Schulden fehlen.

Die Ueberschuldung braucht dagegen keineswegs die Insolvenz zur Folge zu haben. Ein überschuldeter Schuldner kann jahrelang mit seiner Ueberschuldung leben, wenn sich diese nicht vergrössert und wenn sein Gläubiger keine Tilgung fordert.

Ich verwende im folgenden einheitlich die Begriffe Aktiven, Schulden, Eigenkapital und Ueberschuldung.

Die Begriffe Eigenkapital und Ueberschuldung spielen für die grundsätzliche Zulässigkeit der Anfechtung eine Rolle ¹⁾, die Begriffe Aktiven und Schulden haben ihre Bedeutung bei den Arten und Wirkungen der Rechtshandlungen ²⁾.

Innerhalb des gesamten Konkursrechtes kommt von allen Bilanzbegriffen demjenigen der Ueberschuldung die grösste Bedeutung zu. Ich gehe darum speziell in einem Abschnitt darauf ein und erläutere, wie die Ueberschuldung festgestellt wird.

Damit die im Anfechtungsrecht wichtige Ueberschuldung nicht zu einem Begriff ohne Inhalt wird, müssen spezifisch anfechtungsrechtliche bzw. allgemein konkursrechtliche Bewertungsmassstäbe gesetzt werden. Es ist nicht auf die obligationenrechtlichen Vorschriften ³⁾ abzustellen.

1) siehe S. 38

2) siehe S. 90 ff

3) OR Art. 957 ff

Ob eine Ueberschuldung vorliegt oder nicht, ergibt sich aus der Bilanz, die auf jeden beliebigen Zeitpunkt erstellt werden kann. Das grosse Problem bei der Bilanzierung ist die Bewertung derjenigen Aktiven ¹⁾, die nicht Bargeld oder sichere Forderungen sind. Der Wert eines Warenlagers zum Beispiel hängt entscheidend davon ab, wieviel Zeit in Zukunft bleiben wird, um es zu liquidieren. Wird es zwangsversteigert, hat es in der Regel einen viel geringeren Wert, als wenn es im Lauf der normalen Geschäftstätigkeit abgebaut werden kann.

Die Bewertungsproblematik stellt sich auch bei Betriebseinrichtungen. Eine Maschine, die über fünf Jahre hinweg gleichmässig produzieren kann, hat nach drei Jahren einen Fortführungswert von 40% des Anschaffungspreises. Muss die Maschine zu diesem Zeitpunkt aber verkauft werden, so kann es sehr wohl sein, dass sie nur noch 10% des Anschaffungswertes einbringt.

Umgekehrt bringen Liegenschaften bei der Veräusserung häufig mehr als ihren Bilanzwert ein.

-
- 1) Unter 'Aktiven' sind durchwegs nur die den Gläubigern zur Zwangsvollstreckung zur Verfügung stehenden Aktiven zu verstehen. Kompetenzstücke und unpfändbare Aktiven wie Goodwill etc. gehören nicht dazu.

Vgl. dazu Jaeger/Daeniker S. 484: "Nicht zu berücksichtigen sind Vermögenswerte, die der schweizerischen Exekution entzogen sind, also zum Beispiel in einem fremden Staat liegen, der sie in die schweizerische Konkursmasse nicht abliefern;"

Aehnlich Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 30 bezüglich der Gläubigerbenachteiligung: "Soll Gläubigerbenachteiligung gegeben sein, so muss die Rechtshandlung des Gemeinschuldners einen Vermögensgegenstand betreffen, der verwertbar ist..."

Eigenkapital oder Ueberschuldung als Resultat der Subtraktion Aktiven - Schulden hängen damit ganz entscheidend von der Bewertung der Aktiven ab, also davon, nach welchen Gesichtspunkten bilanziert wird, ob zu Fortführungs- oder zu Zwangsliquidationswerten.

Die Feststellung der Ueberschuldung hat einerseits Bedeutung für die Legitimation zur Anfechtung. Bilanzstichtag ist in diesem Fall die Ausstellung der Verlustscheine oder die Konkurseröffnung. Im Konkursverfahren werden sämtliche Aktiven liquidiert, sodass nur die Bewertung zu Zwangsliquidationswerten ein Bild dessen gibt, was auf die Gläubiger zukommt.

Die Ueberschuldung hat anderseits eine zweite wichtige Bedeutung bei der Feststellung der schädigenden Wirkung der Rechtshandlung. Bilanzstichtag ist dabei rückwirkend der Tag, an dem die Rechtshandlung vorgenommen wurde.

Dieser Tag liegt zeitlich vor der Konkurseröffnung oder Auspfändung. Die zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Aktiven des Schuldners werden darum nicht alle in die Konkursmasse fallen, sondern teilweise noch vor der Konkurseröffnung im Verlauf der normalen Geschäftstätigkeit zu Fortführungswerten liquidiert werden. Daneben werden erfahrungsgemäss auch einige der Aktiven vom Schuldner selbst zu Spottpreisen liquidiert.

Eine objektive Beurteilung der finanziellen Lage des Schuldners erreicht man darum weder zu Fortführungs- noch zu Zwangsliquidationswerten.

Ein repräsentatives Bild gibt einzig die strikte Bewertung der Aktiven zu den künftigen effektiven Realisierungswerten, wobei anstelle des effektiv realisierten Wertes verschleuderter Aktiven der damals realisierbare Wert gesetzt werden muss.

Bei dieser Bewertung handelt es sich also um eine Mischform zwischen Fortführungs- und Zwangsliquidationswerten.

Wenn ich im folgenden von 'Ueberschuldung' spreche, ist immer die Ueberschuldung zu den vorstehend definierten effektiven Realisierungswerten gemeint. Zahlreiche Scheinwidersprüche zwischen meiner Auffassung und der Meinung von Autoren und Richtern werden sich durch das verschiedene Verständnis des Begriffes 'Ueberschuldung' erklären lassen.

7. Kapitel: SchKG-Revision

Im Hinblick auf die Revision des SchKG wäre es wünschbar, wenn sich der Gesetzgeber dazu durchringen könnte, die Bilanzbegriffe einheitlich zu verwenden und sie in einem Anhang zum Gesetzestext zu erläutern.

Die im geltenden Recht fehlende Begriffsdefinition und die fatale mangelnde Bilanzkenntnis einiger Autoren wird am deutlichsten bei Hangartner ¹⁾ sichtbar, der schreibt, das Aktienkapital stelle für die Gläubiger der Aktiengesellschaft einen Aktivposten (!) dar.

Das gesamte Wirtschafts- und Konkursrecht befasst sich mit finanziellen Transaktionen, die ihren bilanzmässigen Niederschlag finden. Eine genügende Bilanzkenntnis ist darum unerlässliche Voraussetzung für die Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte inbezug auf ihre Wirkungen. Viele der Fehlüberlegungen von Autoren und Richtern, die im folgenden zur Sprache kommen, haben ihren Grund in der fehlenden Bilanzkenntnis.

1) S. 45

II. TEIL: DER OBJEKTIVE ANFECHTUNGSTATBESTAND

8. Kapitel: Der Inhalt des objektiven Anfechtungstatbestandes

Die Anfechtungsmöglichkeit setzt einen gesetzlich klar umschriebenen objektiven Anfechtungstatbestand voraus. Wie dieser beschaffen sein muss, damit das Rechtsinstitut der Anfechtung seinen Anforderungen genügen kann, ergibt sich aus einigen wenigen Ueberlegungen:

Die Schädigung von Gläubigern ist der Grund für die Zulässigkeit Anfechtung schlechthin.¹⁾ Nur dort, wo Gläubiger geschädigt werden, wo ihre Forderungen aus den Aktiven des Schuldners nicht mehr vollständig befriedigt werden können, besteht überhaupt ein Bedürfnis, die Wirkungen gewisser früherer Rechtshandlungen rückgängig zu machen und damit den Deckungsgrad der Gläubiger wieder zu erhöhen. Das bedeutet:

1. Damit die Anfechtung überhaupt in Frage kommt, muss die Insuffizienz der schuldnerischen Aktiven zur Deckung der Schulden feststehen. Solange dies nicht der Fall ist, gibt es keinen Grund, in frühere Rechtshandlungen einzugreifen.²⁾

1) Vergleiche dazu die veralteten poenalen Ansichten S. 134

2) Siehe Kapitel über die Legitimation zur Anfechtung S. 38

2. Anfechtbar kann nur etwas sein, dessen Wirkungen überhaupt rückgängig gemacht werden können, das heisst also nur Rechtshandlungen, nicht auch Tathandlungen oder Naturereignisse ¹⁾.

3. Anfechtbar können nur diejenigen Rechtshandlungen sein, die sich irgendwie negativ auf die Stellung der Gläubiger ausgewirkt haben, mit anderen Worten diejenigen Rechtshandlungen, welche den Anteil der Gläubiger am Verwertungserlös (die Befriedigungsquote) verringert haben. ²⁾

Ueberschuldung des Schuldners im Zeitpunkt der Anfechtung, Rechtshandlung und schädigende Wirkung der Rechtshandlung sind also drei unabdingbare Elemente der Anfechtung. Fehlt eines dieser drei Elemente, kann die Anfechtung nicht möglich sein, weil das Ziel der Anfechtung nicht erreichbar wäre.

Ist der Schuldner nämlich nicht überschuldet, so sind die Gläubiger ohnehin voll gedeckt, eine wie auch immer geartete Anfechtung könnte ihnen nicht mehr verschaffen, als sie schon haben.

Liegt keine Rechts- sondern eine Tathandlung vor, so können deren Wirkungen nicht mehr rückgängig gemacht werden, ganz gleichgültig, wie die Anfechtung normiert ist.

Ist schliesslich eine Rechtshandlung nicht schädigend gewesen, hat sie also die Befriedigungsquote der Gläubiger nicht verringert, so kann die Rückgängigmachung dieser Rechtshandlung die Befriedigungsquote auch nicht erhöhen. ³⁾

1) siehe Kapitel über den Gegenstand der Anfechtung S. 46

2) siehe Kapitel über die schädigende Wirkung der Rechtshandlung S. 66

3) Zu den Feinheiten und Missverständnissen in diesem Punkt vergleiche hinten S. 68

Es kann bei diesen drei Elementen auch keine Rolle spielen, welcher Art die anzufechtende Rechtshandlung ist. Ob Schenkung, Schuldentilgung oder Verkauf von Aktiven, die drei grundsätzlichen Voraussetzungen sind allemal dieselben.

Was im einzelnen der Inhalt dieser drei Elemente ist, ergibt sich aus den entsprechenden Kapiteln.

Weitere objektive Tatbestandselemente als die drei genannten sind in einer umfassend geregelten Anfechtung nicht denkbar. Jedes weitere Element hätte zwangsläufig eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten zur Folge.

Das bedeutet, dass es im objektiven Tatbestand keine materiellen Unterschiede zwischen der Anfechtung verschiedener Arten von Rechtshandlungen geben kann. Denkbar sind von Anfang an nur prozessuale Unterschiede. Materiell gibt es nur eine einzige Anfechtung, nämlich die Anfechtung einer die Befriedigungsquote der Gläubiger vermindern den Rechtshandlung.

Vergleicht man dieses Resultat nun mit den geltenden Ordnungen in der Schweiz und in Deutschland und mit den Lehrbüchern und Kommentaren, so erscheint fürs erste ein Widerspruch. Ueberall wird von verschiedenen Anfechtungen gesprochen. Die Gesetze enthalten scheinbar verschiedene Anfechtungstatbestände und die Kommentatoren gliedern ihre Werke nach den verschiedenen Anfechtungstatbeständen.

Ich werde im folgenden nachweisen, dass die Gesetze irreführend formuliert sind und dass sich etliche namhafte Autoren dadurch haben täuschen lassen.

In bezug auf die Legitimation zur Anfechtung, die Anforderungen an die Rechtshandlung und die schädigende Wirkung der Rechtshandlung gibt es keinerlei Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten von Rechtshandlungen.

9. Kapitel: Die Legitimation zur AnfechtungA) Grundsatz

Die Anfechtung hat erst dann Sinn und Existenzberechtigung, wenn der Schuldner überschuldet ist. ¹⁾ Vom Eintritt der Ueberschuldung an ist die vollständige Befriedigung aller Gläubiger unmöglich geworden, das heisst, die Befriedigungsquote der Gläubiger liegt unter 100%. ²⁾ Die Gläubiger haben jetzt das schützenswerte Interesse, diese Befriedigungsquote wieder zu erhöhen. Ihr Interesse geht jedoch nur soweit, bis die Befriedigungsquote 100% wieder erreicht.

Die Befriedigungsquote ergibt sich aus dem Verhältnis verwertbare Aktiven zu Schulden. Für den Gläubiger spielt es keine Rolle, ob es sich bei den verwertbaren Aktiven um Eigentum oder Rechte des Schuldners oder um solche Dritter, zum Beispiel Pfandgeber, handelt. Es genügt darum, wenn der Gläubiger ein Rechtsmittel erhält, das vollstreckungsrechtliche Wirkungen entfaltet. Ein Eingriff in materielle Rechte ist nicht nötig. ³⁾

Diese grundsätzlichen Erwägungen gelten naturgemäss für das schweizerische und das deutsche Recht.

1) Gaugler S. 147

2) "Voraussetzung ist dabei, dass für die Gläubiger bereits ein Schaden eingetreten ist. Das muss in aller Form festgestellt sein." (Fritzsche S. 274)

3) Gaugler S. 81: "Eine restlose Vernichtung des angegriffenen Rechtsvorganges würde weit über das mit dem Rechtsmittel erstrebte Ziel hinausgehen. Seine Schutzfunktion erfüllt das Gesetz hinlänglich, wenn die den Gläubigern abträglichen Folgen der anfechtbaren Handlung ihnen gegenüber unschädlich gemacht werden."

Zwei grundsätzliche Probleme stellen sich in bezug auf die Legitimation zur Anfechtung:

1. Von welchem Zeitpunkt an nach Eintritt der Ueberschuldung an ist der Gläubiger zur Anfechtung befugt?
2. Wie legitimiert sich der Gläubiger?

Hier geht es nicht mehr um grundsätzliche Fragen, sondern um Fragen der konkreten Ausgestaltung innerhalb des gesteckten Rahmens. Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen sind auf dieser Ebene darum möglich. Wie sich zeigen wird, sind die schweizerische und die deutsche Regelung in dieser Beziehung allerdings identisch, sodass sie zusammen behandelt werden können.

B) Zeitpunkt und Mittel

Das Interesse der Gläubiger an einer Anfechtungsmöglichkeit entsteht frühestens mit dem Eintritt der Ueberschuldung des Schuldners.

Nun ist es möglich, dass eine einmal bestehende Ueberschuldung später wieder in Eigenkapital umschlägt.

Beispiel:

Ein Unternehmen betreibt Skilifte. In einem schneearmen Winter kann dieses Unternehmen derartige Verluste machen, dass eine Ueberschuldung eintritt. Im folgenden schneereichen Jahr dagegen kann der erzielte Gewinn aus der Ueberschuldung ohne weiteres wieder Eigenkapital machen.

Für die Gläubiger hat diese Entwicklung lediglich bedeutet, dass ihre Forderungen vorübergehend nicht mehr voll gedeckt waren und dass sie vielleicht längere Zahlungsfristen in Kauf nehmen mussten. Schliesslich aber wurden sie voll gedeckt. Eine Anfechtung wäre rückwirkend gesehen unnötig gewesen.

Dieses Beispiel verdeutlicht die Problematik der Frage, ab welchem Zeitpunkt der Gläubiger zur Anfechtung befugt sein soll. Soll auf den Eintritt der Ueberschuldung, die einen künftigen Forderungsausfall wahrscheinlich aber nicht sicher macht, auf die Ausstellung von Verlustscheinen, die den Forderungsausfall beweisen oder auf einen Zeitpunkt dazwischen abgestellt werden?

Hand in Hand mit der Frage des Zeitpunktes der Legitimation geht die Frage des Mittels der Legitimation.

Wie beweist der Gläubiger seine Legitimation zur Anfechtung? Wird auf die Ueberschuldung abgestützt, so muss er diese beweisen, wird auf die Ausstellung von Verlustscheinen abgestützt, so muss er diesen vorlegen können. Wird auf einen Zeitpunkt dazwischen abgestützt, so muss er eventuell noch andere oder weitere Umstände nachweisen.

Nach dem geltenden schweizerischen Recht beginnt die Legitimation für den Gläubiger, der auf Pfändung betreibt mit der Ausstellung des provisorischen oder definitiven Pfändungsverlustscheines. Dieser beweist, dass der Gläubiger zu Verlust gekommen ist. ¹⁾

Inhaltlich die genau gleiche Regelung enthält auch das deutsche AnfG ²⁾, nur die Formulierung ist anders. § 2 AnfG spricht nicht direkt von Verlustscheinen, sondern von vollstreckbaren Schuldtiteln ³⁾ und der darauf beruhenden unvollständigen Befriedigung im Zwangsvollstreckungsverfahren, was im schweizerischen Recht dem definitiven Verlustschein entspricht.

1) BGE 103 III 103; 37 II 502; Fritzsche S. 287 BGE 96 III 115

2) Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens

3) Diese kommen den Zahlungsbefehlen ohne oder nach beseitigtem Rechtsvorschlag gleich

Daneben enthält das AnfG auch die Variante, dass die Zwangsvollstreckung voraussichtlich nicht zu einer vollständigen Befriedigung führen werde. Dies entspricht dem provisorischen Verlustschein im schweizerischen Recht.

Für die Gläubiger eines in Konkurs geratenen Schuldners ¹⁾ beginnt die Legitimation in beiden Rechtsordnungen mit der Konkurseröffnung.

Art. 285 SchKG gibt dem Konkursverwalter, bzw. denjenigen Konkursgläubigern, denen der Anspruch nach Art. 260/269 SchKG abgetreten wurde, die Berechtigung zur Anfechtung.

Die KO enthält mit § 29 in Verbindung mit § 36 eine dem Art. 285 SchKG entsprechende Bestimmung. Danach steht die Befugnis zur Anfechtung von Rechtshandlungen vor Konkurseröffnung dem (Konkurs-)Verwalter zu.

In beiden Ordnungen wird der Konkursverwalter erst mit der Konkurseröffnung eingesetzt, sodass die Konkurseröffnung den Beginn der Legitimation zeitlich markiert.

Die Konkurseröffnung allein beweist zwar den Forderungsausfall noch nicht, sie lässt aber eine diesbezügliche Vermutung entstehen ²⁾.

"... oder es muss der Konkurs ausgebrochen sein, ein Vorgang, der (mit seltenen Ausnahmen, auf die das Gesetz keine Rücksicht nimmt) zu Gläubigerverlusten führt." ³⁾

Aus der Vermutung der Ueberschuldung bei Konkurseröffnung ergibt sich, dass derjenige Dritte, der sich auf die volle Dekkung der Gläubiger beruft, diese beweisen muss. ⁴⁾

Das Vorliegen des Pfändungsverlustscheines oder der Konkurseröffnung sind die einzigen Elemente, der Anfechtung, die der schweizerische Richter von Amtes wegen prüfen muss.

1) beziehungsweise für die Konkursverwaltung

2) BGE 99 III 33; 73 III 41

3) Fritzsche S. 274

4) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 37

Die Verschiedenartigkeit der Legitimationszeitpunkte bei Pfändung und Konkurs rechtfertigt sich durch die unterschiedliche Verfahrensweise. Während der Pfändungsverlustschein im Anschluss an die vermögensrechtliche Auseinandersetzung des Schuldners mit einem einzelnen Gläubiger oder einer Gläubigergruppe relativ rasch ausgestellt werden kann, dauert es zur Ausstellung der Konkursverlustscheine in der Regel erheblich länger, weil im Konkurs die Auseinandersetzung mit allen Gläubigern des Schuldners erfolgt, und es sich beim Schuldner häufig um Unternehmen und nicht um Private handelt, deren Aktiven zu liquidieren sind.

Keine Legitimation zur Anfechtung gibt nach geltenden Rechten die Bewilligung einer Nachlassstundung oder eines Nachlassvertrages. Auch auf die ausserordentliche Zwischenbilanz einer Aktiengesellschaft wegen festgestellter Ueberschuldung ¹⁾ können sich die Gläubiger nicht berufen. Auch der Konkursverlustschein gibt nach schweizerischem Recht keine Legitimation mehr. Hier bleibt den Gläubigern, die nachträglich anfechtbare Handlungen entdecken nur die Möglichkeit, den Nachkonkurs zu verlangen, und sich den Anspruch nach Art. 260 SchKG abtreten zu lassen.

Auch ein ausländischer Verlustschein genügt nicht. Dies ist verständlich, denn es kann gut sein, dass der Verlustschein im Ausland ausgestellt wurde, weil dort keine verwertbaren Aktiven des Schuldners greifbar waren, während dies in der Schweiz der Fall ist.

1) OR Art. 725 Abs. 2

Die Anfechtungsmöglichkeit im Konkurs erfährt allerdings eine leichte aber notwendige Einschränkung, die sich aus der unerlässlichen Voraussetzung der Gläubigerschädigung ergibt:

"Die Anfechtungsklage nach SchKG 285 hat zur Voraussetzung, dass das eigene Vermögen des Schuldners zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht ausreicht. Das wird, wenn einmal der Konkurs eröffnet ist, zunächst vermutet. ... Dass die Anfechtungsklage nur die Ergänzung des Schuldnervermögens ¹⁾ als Substrat der Zwangsvollstreckung bezweckt und daher nicht mehr gegeben ist, sobald volle Deckung besteht, hat die Rechtsprechung bereits erkannt." ²⁾

C) Der Kreis der legitimierten Gläubiger

Legitimiert sind grundsätzlich die im Zwangsvollstreckungsverfahren zu kurz gekommenen Gläubiger. Nun ist aber nicht jede schädigende Rechtshandlung für alle Gläubiger schädigend, wie das folgende Schema zeigt:

1) Verstanden als Aktiven, als Exekutionssubstrat

2) BGE 73 III 41; ähnlich Fritzsche S. 274



X, der zwischen Eintritt der Ueberschuldung und benachteiligender Rechtshandlung Gläubiger wurde, erlitt nur einen Teil des Verlustes weil er einem bereits überschuldeten Schuldner Kredit gab, den anderen Teil des Verlustes erlitt er wegen der schädigenden Rechtshandlung.

Demgegenüber erlitt der Gläubiger Y, der dem überschuldeten Schuldner nach der schädigenden Rechtshandlung Kredit gewährte, den ganzen Schaden, weil er einem Ueberschuldeten Kredit gewährte.

Für Y ist die Situation massgebend, wie er sie angetroffen hat. Welche Handlungen zu dieser Situation geführt haben, spielt für ihn keine Rolle.

Soll Y nun trotzdem zur Anfechtung berechtigt sein, bzw, ist der Anfechtungserlös zugunsten der Konkursmasse auf alle oder eben nur auf die effektiv geschädigten Gläubiger zu verteilen?

Aus der Logik der Anfechtung heraus dürfte die erfolgreiche Anfechtung eigentlich nur den geschädigten Gläubigern zugute kommen, d.h. nur sie wären im vornherein zur Anfechtung legitimiert.

Vergleichen wir diese Lösung nun mit den geltenden Rechtsordnungen, so stellen wir fest, dass diese den anderen Weg gegangen sind:

Sie stellen nur auf die absolute Schädigung, auf den Forderungsausfall des Gläubigers ab. ¹⁾

Dieser Lösung muss aus Gründen der Praktikabilität zugestimmt werden:

Ginge man systemgetreu vor, so hätte das eine ungeheure Komplizierung der Formulierung und vor allem der Prozessführung zur Folge, was keineswegs erwünscht ist. Im Gegenteil trachten die Revisionsbestrebungen nach einer Vereinfachung der Anfechtung. Auch müsste die absolute Gleichstellung älterer mit neueren Gläubigern insgesamt neu überdacht werden, wenn in diesem einen Punkt davon abgewichen würde.

Das bereits früher ²⁾ erwähnte Prinzip, wonach der Gläubigergemeinschaft vor und nach Konkurs quasi eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, bringt hier grossen praktischen Nutzen.

Anfechtungsberechtigt sind darum in beiden Rechtsordnungen alle zu Verlust gekommenen Gläubiger, bzw. die Konkursverwaltung. ³⁾

1) BGE 54 III 257: "...während die Anfechtungsklage auch von Gläubigern erhoben werden kann, deren Forderungen zeitlich erst nach der betreffenden anfechtbaren Handlung entstanden sind. (Vgl. BGE 23 S. 225 Erw. 2; 26 II 478 f)"

Weber/Brüstlein/Reichel S. 415: "Aus dem formellen Legitimationsprinzip lässt sich auch ableiten, dass es gleichgültig ist, ob die anfechtbare Rechtshandlung vor oder nach den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung fällt."

Gerhardt S. 191 für das deutsche Recht.

2) Vorne S. 24

3) Vgl. dazu auch Berz S. 64

10. Kapitel: Die Rechtshandlung als Gegenstand der AnfechtungA) Die Bedeutung der Rechtshandlung

Gegenstand der Anfechtung ist immer eine Rechtshandlung ¹⁾. Nur Rechtshandlungen können in ihren Wirkungen rückgängig gemacht werden, nicht auch Tathandlungen oder Naturereignisse.

Der Kreis der anfechtbaren Rechtshandlungen ist bezüglich der Art der Rechtshandlung nicht beschränkt. Eine Einschränkung ergibt sich nur bezüglich der Wirkung der Rechtshandlung. Diese muss für die Gläubiger schädigend sein ²⁾. Sie muss also auf die Schulden oder die der Exekution unterliegenden Aktiven oder auf den Gang des Verwertungsverfahrens Auswirkungen haben. ³⁾

Die Gesetze zählen verschiedene Arten von Rechtshandlungen besonders auf ⁴⁾, enthalten daneben aber den Generalpassus, dass Rechtshandlungen jeder Art anfechtbar sind ⁵⁾, sofern sie in ihrer Wirkung schädigend sind.

Das bedeutet wiederum, dass es nur eine einzige Anfechtung gibt, nämlich die Anfechtung einer schädigenden Rechtshandlung.

Die vermeintliche Vielzahl der Anfechtungen in den Gesetzen erweist sich bei genauerer Betrachtung als reine Differenzierung in der prozessualen Ausgestaltung der einen und einzigen Anfechtung, je nach Art der in Frage stehenden Rechtshandlung. Dem grossen Spektrum der möglichen Arten von Rechtshandlungen wird durch diese prozessuale Differenzierung Rechnung getragen.

1) Definition des Begriffes siehe S. 49 ff

2) Siehe später S. 66 ff

3) Jaeger/Daeniker S. 479

4) unentgeltliche Verfügungen, Schuldentilgungen

5) SchKG Art. 288, KO § 31 Ziff. 1, AnfG § 3 Ziff. 1

Die Generalnormen erscheinen darum als Grundtatbestände ¹⁾ der Anfechtung. Sie lauten:

"Anfechtbar sind endlich, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme ²⁾, alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen." ³⁾

"Anfechtbar sind: 1. Rechtshandlungen, welche der (Gemein-) Schuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat;..." ⁴⁾

Die Formulierungen dieser beiden Generalnormen im schweizerischen und deutschen Recht sind fast identisch und enthalten insbesondere auch die Elemente der römischrechtlichen und gemeinrechtlichen Anfechtung. ⁵⁾

Augenfälligster Unterschied ist das Fehlen der Begünstigungsabsicht im AnfG und in der KO.

Wenn auch die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit gewisser speziell erwähnter Arten von Rechtshandlungen scheinbar voneinander abweichen, so handelt es sich bei näherer Betrachtung immer nur um prozessuale Unterschiede.

- 1) nach Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Inhaltsübersicht zu § 31 KO ist die Absichtsanfechtung 'der Regelfall'; Meier, S. 51, nennt die Absichtsanfechtung 'die unbeschränkte Anfechtung aller Rechtshandlungen'
- 2) Dieser Einschub bezeichnet lediglich den prozessualen Gegensatz zu den vorstehenden Artikeln
- 3) SchKG Art. 288
- 4) Fast gleichlautende Fassungen von § 31 Nr. 1 KO und § 3 Nr. 1 AnfG. Der Unterschied besteht nur darin, dass die KO von 'Gemeinschuldner' spricht, und das AnfG nur von 'Schuldner'
- 5) Zum Element das beide Rechtsordnungen systemwidrig nicht enthalten siehe S. 147 f

Ungenau sind deshalb Autoren, die wie zum Beispiel Brand ¹⁾ ausführen, die Absichtsanfechtung gehöre noch zur Verwandtschaft der römischrechtlichen actio pauliana, und damit andeuten, die Schenkungs- und Ueberschuldungsanfechtung seien etwas ganz anderes, eigenständiges.

Weil die Generalnormen die Anfechtung aller schädigenden Rechtshandlungen erlauben, also auch derjenigen der andern Artikel und Paragraphen, gehen diejenigen Revisionsvorschläge fehl, die davon ausgehen, die beispielsweise in Art. 286 und 287 angeführten Arten von Rechtshandlungen seien nur nach diesen beiden Artikeln anfechtbar und darum beispielsweise eine Verlängerung der Fristen vorschlagen.

1) SJK 742, S. 7

B) Der Begriff der Rechtshandlung

Das SchKG braucht im Zweckartikel 285, in den Voraussetzungsartikeln 287 und 288 sowie in den Artikeln über die Rückerstattung und die Verjährung, 291 und 292, den Begriff 'Rechtshandlung'. Im Voraussetzungsartikel 286 dagegen und in Art. 290, wo geregelt ist, wer als Anfechtungsgegner in Frage kommt, wird von 'Rechtsgeschäft' gesprochen.

Der Begriff 'Rechtsgeschäft' hat, obwohl im Gesetz nirgends umschrieben ¹⁾, von der Lehre seine Definition erhalten:

"Rechtsgeschäft ist eine private (nicht hoheitliche) Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, - allein oder mit anderen Tatbestandselementen - eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen." ²⁾

Ebensowenig wie das Rechtsgeschäft ist die Rechtshandlung gesetzlich definiert. Die Lehre hat jedoch auch hier Abhilfe geschaffen und die folgenden Definitionen hervorgebracht:

- "Als Rechtshandlung wird jede Willensbetätigung mit rechtlicher Wirkung aufgefasst, gleichviel, ob diese gewollt war oder nicht. Demnach fallen darunter nicht nur Rechtsgeschäfte wie Verfügungen und Schuldbegründungsakte, sondern auch unerlaubte Handlungen." ³⁾

- "... des Rechtsgeschäftes, das heisst einer Handlung, die darauf gerichtet ist, ein Rechtsverhältnis zu begründen. ... Als Rechtshandlungen im Sinne von Art. 285 ist vielmehr jedes gewollte menschliche Verhalten zu betrachten, das Rechtswirkungen hervorruft." ⁴⁾

1) Gauch/Schluep/Jäggi Nr. 111

2) Gauch/Schluep/Jäggi Nr. 112

3) Hangartner S. 4

4) Berz S. 40

- "... Handlungen des Schuldners, welche geeignet sind, rechtliche Wirkungen hervorzubringen, bestehen dieselben nun in einem rechtsgeschäftlichen oder deliktischen Tun, in der Unterlassung der Geltendmachung eines dem Schuldner zustehenden Rechtes oder endlich in der Vornahme oder Unterlassung prozessualer oder betriebsrechtlicher Vorkehren." ¹⁾

- "Der Ausdruck 'alle Rechtshandlungen' begreift alle positiven Handlungen und Unterlassungen des Schuldners, die auf sein Vermögen von Einfluss sind" ²⁾

- "Der Begriff Rechtshandlung ist dabei im weitesten Sinne des Wortes zu verstehen" ³⁾

Die Bezeichnung 'Rechtsgeschäft' in Artikel 286 kommt daher, dass die dort genannten Rechtshandlungen immer Rechtsgeschäfte sind, die gleiche Bezeichnung in Art. 290 dagegen dürfte lediglich eine redaktionelle Unachtsamkeit sein. Die materielle Bedeutung ist jedoch in allen Fällen dieselbe. ⁴⁾ Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob es eine Verpflichtungs- oder eine Verfügungshandlung ist.

Ist eine Verpflichtungshandlung wegen Zeitablaufs oder aus anderen Gründen nicht anfechtbar, so kann die darauf beruhende Verfügungshandlung trotzdem anfechtbar sein. ⁵⁾

Unterlassungen sind ebenso anfechtbar, wie ein positives Handeln. ⁶⁾

1) Blumenstein S. 888

2) Brand SJK 742, S. 7

3) BGE 95 III 86

4) vgl. BGE 91 III 100, wo zustimmend der Entscheid der Vorinstanz zitiert wird:

"Es sei belanglos, dass das Gesetz in einigen Fällen von Rechtsgeschäften, in anderen Fällen von Rechtshandlungen spreche."

5) BGE 99 III 91; 91 III 102

6) Gaugler S. 102 mit Verweis auf BGE 27 II 423

Die gleiche Bedeutung wie im schweizerischen Recht hat der Begriff Rechtshandlung auch im deutschen Recht.

Der § 1 AnfG über die Zulässigkeit der Anfechtung und der § 29 KO statuieren beide die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen.¹⁾

Wenn in den folgenden Paragraphen jeweils von Rechtshandlungen, Rechtsgeschäften, Verträgen und Verfügungen die Rede ist, so bedeutet das, dass der Begriff 'Rechtshandlung' gleich wie im schweizerischen Recht als Oberbegriff gemeint ist.²⁾

C) Die Abgrenzung zur Tathandlung

Anfechtbar sind nur Rechtshandlungen, nicht auch Tathandlungen. Der Unterschied zwischen Rechts- und Tathandlung besteht darin, dass die Tathandlung in erster Linie faktische Wirkungen erzeugt und dass die allenfalls darauf beruhenden rechtlichen Wirkungen nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

Beispiel für Tathandlungen sind Vertragsverletzung mit nachfolgender Schadenersatzpflicht³⁾ oder Trinkgelage des überschuldeten Weinhändlers.

D) Die Abgrenzung zu Naturereignissen

In ihrer Wirkung gleich wie die Tathandlungen sind die Naturereignisse, die nicht vom Wissen und Wollen des Menschen beherrscht sind. Auch sie können nicht mehr rückgängig gemacht werden.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck §29 N 6: "Rechtshandlung ist jedes Handeln, das eine rechtliche Wirkung auslöst ... Dem positiven Handeln steht das Unterlassen gleich."

2) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck §29 N 7: "Für das Anfechtungsrecht sind unter den Rechtshandlungen die Rechtsgeschäfte von besonderer Bedeutung. ... Zu den Rechtsgeschäften gehören auch rechtsgeschäftliche Verfügungen."

Ausführliche Uebersicht auch bei Jaeger/Lent § 29 Anm. 11.

3) Berz. S. 42 unten

E) Die Abgrenzung zu Verpflichtungen infolge Zeitablaufs

Verpflichtungen des Schuldners, die infolge Zeitablaufs entstehen, sind keine Rechtshandlungen so zum Beispiele Mietzinsen, Kapitalzinsen oder Versicherungsprämien.

Als Rechtshandlung kommt nur der zugrundeliegende Vertrag für die Anfechtung in Betracht.

F) Die zivilrechtliche Gültigkeit der Rechtshandlung

1. Die zivilrechtliche Nichtigkeit

Gegenstand der Anfechtung ist eine Rechtshandlung. Wenn man von einer solchen spricht, denkt man in erster Linie an eine zivilrechtlich gültige Rechtshandlung. Wie verhält es sich aber, wenn es um eine zivilrechtlich ungültige oder um eine zivilrechtlich anfechtbare Rechtshandlung geht? Ist die Anfechtung allein oder alternativ zu anderen Rechtsbehelfen in solchen Fällen zulässig?

Die Anfechtung als rein vollstreckungsrechtliches Rechtsmittel bewirkt keine Veränderung im Bestand der zivilen Rechte. Dieser Grundsatz, der im Anfechtungsrecht immer wieder hervorgehoben wird, geht eindeutig davon aus, dass bestehende Zivilrechtsverhältnisse bestehen bleiben. Ein Umkehrschluss für nicht-bestehende Verhältnisse lässt sich daraus aber nicht ableiten.

Die Lösung für die zivilrechtlich ungültigen, also nichtigen Handlungen folgt aus einem anderen Ansatz:

Die Anfechtung richtet sich immer gegen den Dritten. Dieser muss den Eingriff in seine Rechte für die Zwangsvollstreckung dulden. Das setzt aber eindeutig voraus, dass es sich um Rechte des Dritten handelt und nicht mehr um schuldnerische Rechte. Sobald nun feststeht, dass es sich in Wirklichkeit um schuldnerische Rechte handelt, weil die der Uebertragung zugrunde liegende Handlung zivilrechtlich ungültig war, steht gleichzeitig auch fest, dass es keinen Dritten mehr geben kann, gegen dessen Rechte sich die Klage oder Einrede richten könnte. Die Anfechtung ohne Gegenpartei ist aber nicht möglich.

Die Anfechtung setzt damit eindeutig eine zivilrechtlich gültige Rechtshandlung voraus. ¹⁾

Das gilt grundsätzlich für das schweizerische und das deutsche Recht. ²⁾

Theorie und Praxis gehen in diesem Fall allerdings notgedrungen getrennte Wege.

Probleme gibt es nämlich schon dann, wenn die Nichtigkeit nicht offensichtlich ist, oder wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft faktisch doch gläubigerschädigende Wirkungen zeitigt.

1) BGE 37 II 320 (aus Gaugler ca. S. 102); Berz S. 45:
"Nichtige Rechtshandlungen sind keine Rechtshandlungen."

2) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck §29 N 11:

"Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes schliesst grundsätzlich die Anfechtung aus, da diese Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes voraussetzt."

Praxis des Bundesgerichtes 1848 Nr. 34, Vorwort (= BGE 73 III 142):

"Die Anfechtung einer Veräusserung von Gegenständen durch den Schuldner wegen zivilrechtlicher Ungültigkeit (Simulation) hat auf dem Weg der Sachpfändung zu erfolgen."

Im ersten Fall muss die Anfechtung zumindest solange zulässig sein, bis feststeht, dass die Rechtshandlung nichtig ist. ¹⁾

Im zweiten Fall gibt es faktisch eben doch einen Dritten, nämlich den scheinbar Berechtigten aus dem weiterhin dem Schuldner zustehenden Recht.

Auch hier kann sich die Notwendigkeit der Anfechtung als zweite Möglichkeit neben der zivilrechtlichen Geltendmachung der Nichtigkeit aufdrängen. ²⁾

Das Auseinanderklaffen von Theorie und Praxis ist an diesem Beispiel deutlich erkennbar.

Wenn es logisch auch ganz klar ist, dass eine nichtige Rechtshandlung, ein Nichts, nicht angefochten werden kann, so zeigt sich andererseits doch die faktische Notwendigkeit, auch in solchen Fällen die Anfechtung zuzulassen, weil eben auch eine nichtige Rechtshandlung faktische Wirkungen erzeugt, die solange bestehen bleiben, bis sie rückgängig gemacht werden. Durch die bloße Feststellung der Nichtigkeit werden die faktischen Wirkungen in der Regel noch nicht beseitigt ³⁾.

Es handelt sich hier wiederum um ein Problem rein tatsächlicher Natur, das sich in jeder Rechtsordnung stellt und fast zwangsläufig zu gleichen oder ähnlichen Lösungen führt.

-
- 1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 12: "Machte der Konkursverwalter die Nichtigkeit des Scheingeschäftes geltend, so muss er die Scheinnatur des Geschäftes beweisen, ein Beweis der oft misslingt. Deshalb wird zum Schutz der Gläubiger auch die Anfechtung zugelassen."
 - 2) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 13
 - 3) ausgenommen beispielsweise bei der nichtigen Forderungsabtretung

Stellt sich in einem Anfechtungsprozess heraus, dass die Handlung zivilrechtlich ungültig ist und die Klage deshalb abgewiesen werden muss, so ist es meines Erachtens wegen der Identität des bezweckten Zieles eine zulässig Klageänderung, wenn das nunmehr zuständige Rechtsinstitut angerufen wird. Gleichermassen kann im umgekehrten Fall die Anfechtungsklage als Eventualklage eingereicht werden für den Fall, dass sich eine Handlung wider erwarten als zivilrechtlich gültig erweist.

"Darum kann der Konkursverwalter nicht Nichtigkeit und Anfechtung gleichwertig nebeneinander, sondern nur durch Haupt- und Hilfsantrag geltend machen." ¹⁾

2. Die zivilrechtliche Anfechtbarkeit

Schwieriger als die zivilrechtliche Ungültigkeit ist die zivilrechtliche Anfechtbarkeit einer Handlung, zumindest vom theoretischen Standpunkt aus.

Es stellt sich hier die Frage, ob die zivilrechtliche Anfechtbarkeit die betriebsrechtliche Anfechtung ausschliesse oder ob beide Ansprüche alternativ nebeneinander bestehen können.

Der Wortlaut von SchKG Art. 285ff, insbesondere Art. 288, wo von der Anfechtbarkeit aller Rechtshandlungen gesprochen wird, lässt vermuten, dass die Anfechtung auch dort zulässig ist, wo daneben eine zivilrechtliche Anfechtungsmöglichkeit besteht. ²⁾

Zum gleichen Resultat kommt man mit einer anderen Ueberlegung: Die Anfechtung - ob zivil- oder betriebsrechtlich - hat ihren Grund im Schutz der Gläubiger. Es handelt sich in beiden Fällen um einen freiwilligen Rechtsbehelf der Gläubiger, also sollen diese auch wählen können, welchen sie ergreifen wollen.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 11

2) Bsp. ZGB Art. 188

Gleicher Meinung ist auch Blumenstein ¹⁾:

"Dabei ist zu beobachten, dass der Gesetzgeber nirgends eine allgemeine Regel der Verhältnisse der betreibungsrechtlichen Anfechtungsklage zum materiellen Zivilrecht vorgenommen hat. ... Unerheblich ist dabei der etwaige Umstand, dass der Zivilgesetzgeber den benachteiligten Gläubigern von sich aus besondere Mittel und Wege gibt, um der eingetretenen oder beabsichtigten Schädigung seiner Interessen zu begegnen."

Das Bundesgericht teilte diese Meinung ursprünglich allerdings nicht. In einem alten Entscheid ²⁾ sagte es mit etlichen Literaturhinweisen:

"Ist somit gegenüber einer auf Grund eines Güterstandswechsels erfolgten güterrechtlichen Auseinandersetzung im Hinblick auf die durch das ZGB getroffene Sonderregelung für die Anfechtungsklage kein Raum ...". ³⁾

1) ZBJV Bd 50, S. 241ff mit Hinweis auf die abweichende Meinung von Carl Jaeger

2) BGE 54 III 259

3) Vergleiche dagegen Weber/Brüstlein/Reichel S. 413f, wonach die betreibungsrechtliche Anfechtung gegenüber den früheren kantonalen zivilrechtlichen Anfechtungen Vorrang hatte.

Vgl. auch Jaeger/Daeniker S. 478: "Wenn Art. 188 ZGB anwendbar ist, so ist eine Anfechtungsklage [nach Art. 285ff SchKG] gegenüber dem Ehegatten ausgeschlossen und nur noch gegen Dritte möglich, die vom Ehegatten Rechte erworben haben."

In einem späteren Entscheid ¹⁾ relativierte das Bundesgericht die frühere Aussage und liess die Gläubigeranfechtung in einem Fall, wo auch die zivilrechtliche Anfechtung nach Art. 188 ZGB gegeben war, zu, mit der Begründung, dass "die güterrechtliche Auseinandersetzung nur zum Scheine zwecks Bemäntelung unentgeltlicher Verfügungen unter Ehegatten vorgenommen worden ist."

Diese Begründung ist - wenngleich sie im Resultat meiner oben vertretenen Meinung näher kommt - mehr als bedenklich: Das Bundesgericht stützt darin nämlich auf das Motiv der Rechtshandlung ab und statuiert damit eigentlich den Grundsatz, dass die konkursrechtliche Anfechtung überall dort alternativ zur zivilrechtlichen Anfechtung möglich ist, wo das Rechtsinstitut missbräuchlich verwendet wurde.

Meines Erachtens ist hier die deutsche Lösung die richtige. Zivilrechtliche und konkursrechtliche Lösung stehen sich gleichberechtigt gegenüber. Die geschädigten Gläubiger, zu deren Schutz beide Rechtsbehelfe dienen, haben die Wahl. Erst wenn die Rechtshandlung zivilrechtlich schon erfolgreich angefochten ist, scheidet die konkursrechtliche Anfechtung wegen Gegenstandslosigkeit aus. ²⁾

Zum gleichen Resultat kommt man auch aufgrund einer anderen Ueberlegung:

Die zivilrechtliche Anfechtbarkeit ist das minus der zivilrechtlichen Nichtigkeit. Wenn schon bei zivilrechtlicher Nichtigkeit faktisch die konkursrechtliche Anfechtung möglich ist, so muss diese erst recht bei zivilrechtlicher Anfechtbarkeit möglich sein.

1) BGE 63 III 27

2) Vergleiche dazu Böhle-Stamschräder/Kilger § 29 N 6 und Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 14

G) Der Urheber der Rechtshandlung

1. Der Schuldner

Das SchKG nennt in Art. 286-288 nur den Schuldner als Urheber der anfechtbaren Rechtshandlung. Nur schuldnerische Rechtshandlungen können danach angefochten werden ¹⁾.

Klar ist, dass nur Rechtshandlungen angefochten werden können, die auf das schuldnerische Vermögen oder die Stellung des Schuldners zu seinen Gläubigern von Einfluss sind. Es stellt sich aber die Frage, wie es sich mit den Rechtshandlungen des Vertreters oder des Sachwalters im Nachlassverfahren verhält, ferner, wer bei Gesellschaften und juristischen Personen als Schuldner gilt und schliesslich, wie Rechtshandlungen Dritter behandelt werden.

Das Anfechtungsgesetz enthält schon im Titel die Beschränkung auf schuldnerische Rechtshandlungen.

Anders verhält es sich mit der KO. Sie spricht im Grundsatzparagraphen 29 nur von "Rechtshandlungen, welche ... vorgenommen sind ..." und lässt damit die Möglichkeit offen, auch Rechtshandlungen anderer Personen anzufechten. ²⁾

Vorwiegend sind jedoch auch hier schuldnerische Rechtshandlungen gemeint, wie sich aus den Formulierungen der folgenden Paragraphen ergibt.

1) BGE 95 III 86

2) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N5: "Anfechtbar sind Rechtshandlungen sowohl des Gemeinschuldners als auch der Gläubiger."

2. Der gewillkürte Stellvertreter

Die Stellvertretung ist ihrem Wesen nach 'rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen Andern' ¹⁾. Sie ist nicht nur zur Vornahme von Rechtsgeschäften ²⁾, sondern zur Vornahme jeder Rechtshandlung möglich ³⁾.

"Der Vertretene wird durch die Rechtshandlung seines Vertreters unmittelbar berechtigt, verpflichtet, oder sonstwie in seiner Rechtsstellung zum Dritten betroffen." ⁴⁾

Die Anfechtung bezweckt die Sicherung von Gläubigerinteressen und will den Schuldner daran hindern, das Prinzip der gleichmässigen Gläubigerbefriedigung illusorisch zu machen. Wären die Rechtshandlungen des Vertreters der Anfechtung entzogen, so wäre es dem Schuldner ein leichtes, die Anfechtung zu umgehen, er müsste nur alle anfechtbaren Rechtshandlungen durch einen Vertreter vornehmen lassen.

Anfechtbar müssen darum neben den Rechtshandlungen des Schuldners auch diejenigen des gewillkürten Vertreters sein. ⁵⁾

"Die Befriedigung eines Gläubigers durch einen Dritten ist dann anfechtbar, wenn sie direkt oder indirekt als eine Leistung des Schuldners erscheint, die unter Art. 288 fällt." ⁶⁾

1) Gauch/Schluep/Jäggi Nr. 946

2) Definition siehe vorne S.

3) Gauch/Schluep/Jäggi Nr. 951f

4) Gauch/Schluep/Jäggi Nr. 955

5) Amonn S. 419; BGE 95 III 86; 91 III 102; 39 II 397

Für das deutsche Recht: Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck §29 N 5: "Der eigenen Rechtshandlung des Schuldners steht die seines gewillkürten oder gesetzlichen Vertreters gleich."

6) Jaeger/Daeniker S. 492, BGE 95 III 86 ff

Problematisch wird es, wenn der Vertreter nicht im Namen des Vertretenen, sondern im eigenen Namen handelt.

So hatte das Bundesgericht ¹⁾ einen Fall zu beurteilen, in welchem der Gläubiger eine Zuwendung auf Anrechnung an seine Forderung gegen den Schuldner entgegennahm, ohne zu wissen, dass der Dritte Vertreter des Schuldners war, und dass die Zuwendung aus den Aktiven des Schuldners stammte.

Das Bundesgericht sah in diesem Fall fälschlicherweise eine echte Gesetzeslücke, die

"sachentsprechend dahin auszufüllen [ist], dass die Rückgewährspflicht zu verneinen ist, wenn der Empfänger einer solchen zur Tilgung oder Sicherstellung seiner Forderung dienenden Leistung keine Veranlassung hatte, damit zu rechnen, dass über Eigentum oder Guthaben des Schuldners zu seinen Gunsten verfügt werde."

Wie sich aus dem folgenden ergibt, liegt hier entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes keineswegs eine Gesetzeslücke vor.

Die Vertretungswirkung tritt beim Vertretenen in der Regel nur dann ein, wenn das Vertretungsverhältnis dem Dritten klar ist.

Nach OR Art. 32 Abs. 2 kann die Vertretungswirkung beim Vertretenen auch eintreten, wenn der Dritte keine Kenntnis vom Vertretungsverhältnis hatte, vorausgesetzt es kommt dem Dritten nicht darauf an, mit wem er den 'Vertrag' schliesst.

Die Formulierung dieser Ausnahme im OR ist zu eng. Wie die Stellvertretung generell nicht nur zum Abschluss von Verträgen dient, so muss auch diese Ausnahme neben den Verträgen für alle übrigen Rechtshandlungen gelten.

1) BGE 74 III 61

Angewendet auf den konkreten Fall bedeutet dies, dass es sich bei der Zuwendung im eigenen Namen des Dritten dennoch um eine Stellvertretung gehandelt hat, weil es dem Gläubiger gleichgültig sein konnte, von wem er Sicherheit oder Tilgung für sein Guthaben gegenüber dem Schuldner erhielt. Es ist hier sogar fraglich, ob der Dritte nicht auf das Vertretungsverhältnis hätte schliessen müssen.

Lag demnach eine echte Stellvertretung vor, so galt jede Rechtshandlung des Vertreters als schuldnerische Rechtshandlung und unterlag darum grundsätzlich der Anfechtung.

Das Bundesgericht hat hier also nicht, wie es geglaubt hat, eine echte Gesetzeslücke gefüllt, sondern eine klare Rechtslage übersehen. Dass die Klage im konkreten Fall auch bei meiner Betrachtungsweise abgewiesen werden müsste, hängt mit dem Rechtfertigungsgrund gegenüber dem Dritten zusammen, aber sicher nicht mit der Urheberschaft oder Wirkung der Rechtshandlung.

Bei der gewillkürten Stellvertretung wird der Vertretene immer nur durch eine erlaubte Rechtshandlung des Vertreters verpflichtet ¹⁾.

1) Guhl/Merz/Kummer S. 133

3. Der gesetzliche Stellvertreter

Die gesetzliche Stellvertretung bezweckt, einem nicht oder nur beschränkt Handlungsfähigen die Rechtshandlungen eines unbeschränkt Handlungsfähigen zu ermöglichen. Der gesetzliche Vertreter ist in diesem Sinne die geistige Ergänzung des nicht oder beschränkt Handlungsfähigen. Die Handlungen des gesetzlichen Vertreters erscheinen dem Gläubiger darum als Handlungen des Schuldners und müssen auch für die Anfechtung als solche qualifiziert werden.

4. Die Vertretung von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften

Kollektiv- und Kommanditgesellschaften können nur durch ihre Vertreter handeln. Soll die Anfechtung also nicht nur die Gläubiger einer zahlungsunfähigen Einzelperson, sondern auch diejenigen von Gesellschaften schützen, was angesichts der grossen wirtschaftlichen Bedeutung der Gesellschaften unbedingt erforderlich ist, so müssen hier die Rechtshandlungen der vertretungsberechtigten Gesellschafter als schuldnerische Rechtshandlungen gelten.

5. Die Organvertretung

Aehnliches gilt auch für die Organvertretung. Auch juristische Personen können nur durch ihre Organe handeln. Schuldnerische Rechtshandlungen sind in diesem Fall die Rechtshandlungen der Organe für die juristische Person. ¹⁾

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck §29 N 17: "Die Rechtshandlungen von Organen, vertretungsberechtigten Gesellschaftern und Abwicklern sind Rechtshandlungen der vertretenen juristischen Person."

6. Der Sachwalter im Nachlassverfahren

Der Sachwalter im Nachlassverfahren, das dem Konkurs vorausgegangen ist, ist nicht vom Schuldner eingesetzt, sondern wird von den Gläubigern gewählt. Er hat Funktion und Status eines ausserordentlichen staatlichen Beamten und kann darum niemals gewillkürter oder gesetzlicher Vertreter des Schuldners sein, auch dann nicht, wenn der Schuldner die Person des Sachwalters vorgeschlagen hat.

Die Handlungen des Sachwalters sind darum nicht anfechtbar, ebensowenig dessen Bezüge für seine Tätigkeit.

7. Die Rechtshandlungen eines Dritten

Rechtshandlungen von Dritten, die nicht Stellvertreter des Schuldners sind, stehen im Zusammenhang mit der Anfechtung überhaupt nur dann in Frage, wenn sie auf das schuldnerische Vermögen ¹⁾ oder auf dessen Stellung zu seinen Gläubigern von Einfluss sind.

Die einzige Rechtshandlung eines Dritten, die solchermassen von praktischer Bedeutung ist, ist die Verrechnung.

Ein Dritter, der gleichzeitig Schuldner und Gläubiger des Schuldners ist, verrechnet. In seiner Stellung als Schuldner des Gemeinschuldners wird er dadurch weder besser noch schlechter gestellt, aber in seiner Stellung als Gläubiger des Gemeinschuldners wird er bessergestellt, weil er infolge der Verrechnung Tilgung verlangt, wo andere Gläubiger leer ausgehen. ²⁾

Es versteht sich von selbst, dass diese Verrechnung gläubigerschädigend ist, und darum in die Regelung der Anfechtung miteinbezogen werden muss.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 26

2) Naf S. 94: "Dies bedeutet, dass er für seine Forderung voll gedeckt wird und sich nicht mit einer Konkursdividende begnügen muss."

Unterschiedlich sind allerdings die Wege, welche die beiden Rechtsordnungen gegangen sind. Während die KO die Rechtshandlungen Dritter miteinbezieht ¹⁾ und damit eine Regelung im Sinne der Gläubiger enthält, scheint das SchKG dieser Notwendigkeit auf den ersten Blick nicht zu folgen. Die Rechtshandlungen des Dritten, der nicht Organ- oder Stellvertreter des Schuldners ist, sind nach dem eindeutigen Wortlaut der Art. 285ff nicht anfechtbar ²⁾.

"Handlungen von Dritten, die ohne jede Mitwirkung des Schuldners erfolgen, bilden nach schweizerischem Recht keine genügende Voraussetzung für die Erhebung einer Anfechtungsklage." ³⁾

Bedenklich ist dagegen die Jaeger ⁴⁾, der die Anfechtung der Verrechnung eines Gläubigers deshalb ausgeschlossen sieht, weil diese keine Rechtshandlung sei.

Dass die Anfechtbarkeit der Verrechnung durch einen Gläubiger bzw. Schuldner des Gemeinschuldners doch nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, ergibt sich aus Art. 214 SchKG. Dieser Artikel steht formell im Abschnitt über die Wirkungen des Konkurses auf die Rechte der Gläubiger, weil er nur auf die Konkursbetreibung zutrifft und nicht auch auf die Betreibung auf Pfändung, materiell aber handelt es sich um Anfechtungsrecht. ⁵⁾

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 5

2) ZBJV 1938, S 605); ZR Bd. 65 S. 138

3) BGE 95 III 86; Jaeger/Daeniker S. 492; BGE 57 III 144

4) E. Jaeger, Gläubigeranfechtung, S. 74, zitiert in Gaugler S. 101

5) Anderer Meinung Berz, S. 50 Fussnote 64; Einen Ueberblick über die widersprüchlichen Meinungen zu dieser Frage gibt BGE 95 III 87

Art. 214 betrifft allerdings nicht jeden beliebigen Gläubiger des Gemeinschuldners, der verrechnet, sondern nur denjenigen, der zuerst Schuldner des Gemeinschuldners war und erst anschliessend dessen Gläubiger wurde.

Der gegenteilige Fall, wo ein Dritter zuerst Gläubiger des Gemeinschuldners ist und erst nachher dessen Schuldner wird, fällt direkt in den Anwendungsbereich der Art. 285ff, weil aufgrund einer Rechtshandlung ein Gläubiger nur mit Zustimmung des Gemeinschuldners dessen Schuldner werden kann.

Erfasst wird also in Art. 214 ein Dritter, der vor Konkurs-eröffnung über den Gemeinschuldner eine Forderung an denselben erwirbt, nachdem er aber bereits dessen Schuldner ist, um anschliessend zu verrechnen. Es liegen also zwei Handlungen vor, die erst zusammen die Schädigung bewirken.

Aus der Formulierung von Art. 214 ergibt sich zwingend, dass der Dritte die Forderung von einem Vierten, das heisst einem bisherigen Gläubiger des Schuldners, und nicht von diesem selbst erwirbt. Diese zweite Möglichkeit scheidet deshalb aus, weil der originäre Erwerb der Forderung gegen den Gemeinschuldner für den Dritten höchstens nachteilig sein könnte.

Die vollständige Tilgung der Forderung durch Verrechnung mit der Schuld stellt ihn niemals besser, als wenn er die Forderung gar nie erworben hätte.

Von einem Vierten dagegen kann sich der Dritte eine Forderung zu einem unter dem Nennwert liegenden Preis abtreten lassen, und durch die Verrechnung die Differenz als Gewinn realisieren.

Auf die gleiche Weise kann auch der Vierte einen Vorteil erlangen, dann nämlich, wenn er die Forderung zu einem Preis abtritt, der über der zu erwartenden Konkursdividende liegt.

11. Kapitel: Die schädigende Wirkung der RechtshandlungA) Die Notwendigkeit der schädigenden Wirkung

Die absolute Schädigung der Gläubiger durch den Forderungsausfall im ungenügenden Zwangsvollstreckungsverfahren genügt wohl für die grundsätzlichen Legitimation zur Anfechtung, nicht aber für den Erfolg bei der konkreten Anfechtung einer Rechtshandlung. ¹⁾

Die Anfechtung kann nur dort einen Sinn haben, wo die Gläubiger durch eine Rechtshandlung geschädigt wurden, denn nur durch die Aufhebung der schädigenden Wirkungen einer Rechtshandlung können die Gläubiger wieder in ihre ursprüngliche Lage zurückversetzt werden.

Die schädigende Wirkung der Rechtshandlung ist somit eine condition sine qua non, die zusätzlich zu dem durch den Pfändungsverlustschein oder die Konkurseröffnung manifestierten Forderungsausfall als absoluten Schaden hinzukommt. ²⁾

Bedenklich sind die folgenden Passagen:

"Es wird auch nicht untersucht, ob sich das konkrete Geschäft [bei Anfechtung nach Art. 286 SchKG] wirklich zum Nachteil der Gläubiger ausgewirkt hat (BGE 64 III 185)" ³⁾

"Fernerhin wird hieraus gefolgert, dass es nicht erforderlich sei, dass ... überhaupt der Schuldner zu jener Zeit [gemeint: der Rechtshandlung] schon einen Gläubiger hatte." ⁴⁾

1) Vgl. demgegenüber die besondere Anfechtung der mittelalterlichen Ordnungen, nach denen schlechthin alle Rechtshandlungen anfechtbar waren, vorne S. 14

Vgl. Berz, Inhaltsverzeichnis und S. 51, der zwischen dem ungenügenden Betreibungsverfahren als absoluter Schaden und der schädigenden Wirkung einer einzelnen Rechtshandlung als relativer Schaden unterscheidet.

2) Jaeger/Lent § 29 Anm. 19/20

3) Fritzsche, BLSchK 1947, S. 132

4) Fenkart S. 418f

Die Problematik der Ansichten, die diesen beiden Zitaten zugrunde liegen, schildere ich ausführlich im Kapitel über den indirekten Kausalzusammenhang zwischen Rechtshandlung und schädigender Wirkung.¹⁾

Bei der schädigenden Wirkung der Rechtshandlung kann es nicht darauf ankommen, ob sich um die Rechtshandlung des Schuldners oder eines andern handelt.

Richtet sich die Anfechtung eines geschädigten Gläubigers gegen eine nicht schädigende Rechtshandlung, so kann ihr kein Erfolg beschieden sein.

"Objektive Voraussetzung der Anfechtung ist in jedem Fall, dass die angefochtene Handlung die Gläubiger oder einzelne von ihnen tatsächlich schädigte ..." 2).

Hingegen ist eine Rechtshandlung dann nicht anfechtbar, wenn die Gläubiger dadurch gar nicht geschädigt wurden.³⁾

Die Notwendigkeit der schädigenden Wirkung ist - obwohl unbestritten und auch unbestreitbar - im SchKG nirgends ausdrücklich genannt, und auch in der KO und im AnfG nur in einzelnen Bestimmungen.⁴⁾

Dafür kommt in einzelnen Bestimmungen 5) die Benachteiligungsabsicht vor.

Schliesslich sind in einigen Bestimmungen 6) Rechtshandlungen genannt, die unter den vorgesehenen Umständen zwangsläufig gläubigerschädigend sind.

1) Siehe hinten S. 79

2) BGE 99 III 32; Fritzsche S. 274: "Die Anfechtungsklage setzt eine Schädigung der Exekutionsrechte des Anfechtenden als Folge der angefochtenen Rechtshandlung voraus."

3) Praxis 1960 Nr. 80, Vorwort (= BGE 85 III 185)

4) KO § 30 Nr. 1, § 31 Nr. 2; AnfG § 3 Nr. 2

5) SchKG Art. 288; KO § 30 Nr. 2, § 31 Nr. 1; AnfG § 3 Nr. 3

6) SchKG Art. 286/7; KO § 32, § 32a; AnfG § 3 Nr. 3/4

B) Die Erscheinungsformen der schädigenden Wirkung

Was bedeutet der Begriff 'schädigende Wirkung' überhaupt, worin besteht diese? 1. Schädigende Wirkung einer Rechtshandlung kann heissen, dass durch diese Rechtshandlung der Anteil der Gläubiger am Verwertungserlös verkleinert wird.¹⁾

Die Gläubiger sind durch eine Rechtshandlung geschädigt, wenn ihr Anteil, der beispielsweise vor der fraglichen Rechtshandlung noch 85% ihrer Forderungen betrug, nachher nur noch 80% beträgt.

2. Schädigende Wirkung kann auch heissen, dass die Gläubiger oder die Masse prozessual schlechter gestellt werden, beispielsweise weil durch die Rechtshandlung die Parteirollen im Prozess vertauscht werden und die Masse nun als Klägerin auftreten muss.²⁾

3. Schädigende Wirkung kann schliesslich heissen, dass die Verwertung zeitlich verzögert und die Gläubiger entsprechend länger unter Zinsverlust auf die (Teil-)Erfüllung ihrer Forderung warten müssen.³⁾

Dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner leicht liquidierbare Aktiven oder liquide Mittel gegen schwer liquidierbare Aktiven tauscht.

Das sind die einzigsten Bedeutungen, die der Begriff 'schädigende Wirkung' im Zusammenhang mit der Anfechtung haben kann. Zu beurteilen ist diese Frage immer vom Standpunkt der Gesamtheit der Konkursgläubiger aus.⁴⁾

"Objektive Voraussetzung der Anfechtung ist in jedem Fall, dass die angefochtene Handlung die Gläubiger oder einzelne von ihnen tatsächlich schädigte, indem sie das Vollstreckungsergebnis oder ihren Anteil daran verminderte."⁵⁾

1) Jaeger/Lent § 29 Anm. 18

Jauering S. 207: "Die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger muss durch die Rechtshandlung beeinträchtigt worden sein."

2) Gaugler S. 102; BGE 41 III 452

3) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 18

4) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 19, 20, 32

5) BGE 99 III 32 mit Verweisen

Unrichtig hingegen ist die Definition von Blumenstein ¹⁾:

"Die Wirkung dieser Rechtshandlung muss in einer Verminderung des den Gläubigern zur Verfügung stehenden Exekutionssubstrates bestehen ..."

Mit Exekutionssubstrat können nur die Aktiven gemeint sein. Die Beispiele im Kapitel über die Arten schädigender Rechtshandlungen werden zeigen, dass aus der Verminderung von Aktiven noch lange nicht auf eine Schädigung geschlossen werden kann und dass es insbesondere auch andere Ursachen der Schädigung gibt, als eine Verminderung der Aktiven.

Unrichtig ist auch die Aussage von Favre ²⁾:

"Jede Rechtshandlung, durch die das Vermögen des Schuldners absichtlich vermindert wird, unterliegt der Anfechtungsklage."

Ebenso unrichtig ist Gaugler ³⁾:

"Die Rechtshandlung muss zu einer Verkürzung des beschlagsfähigen Vermögens geführt haben."

In beiden Fällen ist einmal mehr unklar, in welchem Sinn der Begriff 'Vermögen' verwendet wird. Vermögensverminderung heisst hier entweder Verminderung der Aktiven oder Verminderung des Eigenkapitals bzw. Erhöhung der Ueberschuldung.

Die Verminderung des Vollstreckungsergebnisses kann richtigerweise nur dahingehend verstanden werden, dass sich die prozentuale Befriedigungsquote gesamthaft gesehen verkleinert hat. Andere Deutungen dieses Satzteiles können zu folgenschweren Irrtümern führen.

Rechtshandlungen, welche die Ueberschuldung betragsmässig erhöhen, können für die Gläubiger vorteilhaft, andere Rechtshandlungen, welche die Ueberschuldung betragsmässig verkleinern, dagegen schädigend sein können.

Auch aus der Vermehrung oder Verminderung von Aktiven lässt sich für sich allein noch nichts über die Schädigung ableiten. ⁴⁾

1) S. 888

2) dt. Fassung S. 340

3) S. 102

4) Siehe hinten S. 90 ff

C) Die Ueberschuldung im Zeitpunkt der Rechtshandlung

Nachdem nun feststeht, dass eine Rechtshandlung nur dann angefochten werden kann, wenn sie sich schädigend auf einzelne oder alle Gläubiger auswirkte, wenn deren Anteil am Verwertungserlös dadurch also verringert wurde, zeigt sich ein weiteres notwendiges, bisher aber verstecktes Element der Anfechtung: Die Ueberschuldung ¹⁾ des Schuldners im Zeitpunkt der Rechtshandlung, bzw. die Entstehung der Ueberschuldung durch die Rechtshandlung.

Genauso wie die Ueberschuldung im Zeitpunkt der Anfechtung gegeben sein muss ²⁾, so muss sie schon früher im Zeitpunkt vor oder nach der Rechtshandlung gegeben sein, wie ich im folgenden nachweise.

Die schädigende Wirkung ist die Verminderung des Verwertungsanteils aufgrund einer Rechtshandlung. Das heisst, dass der Verwertungsanteil nach der Rechtshandlung nicht mehr 100% beträgt, denn würde er nachwievor 100% betragen (und mehr können die Gläubiger nicht haben) dann wären die Gläubiger gar nicht geschädigt. Das heisst also ganz konkret, dass die Ueberschuldung ³⁾ zwangsläufig und in jedem Fall entweder schon vor der Rechtshandlung vorgelegen haben oder aber durch diese eingetreten sein muss. ⁴⁾

1) Verstanden als Ueberschuldung zu effektiven Realisierungswerten!

2) Vgl. vorne S. 38 ff

3) im vorne definierten Sinn zu effektiven Realisierungswerten bestimmt

4) Gleicher Meinung Zürcher S. 7 und Weber/Brüstlein/Reichel S. 423: "Der Schuldner braucht nicht notwendig im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung insolvent zu sein; es genügt auch, dass er sich durch die anzufechtende Handlung bewussterweise insolvent macht."

Dieses Erfordernis ist unabhängig vom anwendbaren Recht, von der in Frage stehenden Rechtshandlung und vom Artikel oder Paragraphen, nach dem angefochten wird.

Also nicht nur nach Art. 287, sondern auch nach Art. 286 und 288 muss die Ueberschuldung vorgelegen haben. Das wiederum heisst, dass die umgangssprachliche Bezeichnung 'Ueberschuldungsanfechtung' für den Art. 287 nichtssagend und irreführend ist, weil auch in Art. 286 und 288 die Ueberschuldung nötig ist.

Unrichtig ist darum die Auffassung des Bundesgerichtes in einem alten Entscheid ¹⁾ und auch diejenige Gauglers ²⁾. Beide vertreten die Ansicht, dass die Vermögenslage im Zeitpunkt der unentgeltlichen Verfügung irrelevant sei. Der Irrtum, dem neben Gaugler und dem Bundesgericht noch zahlreiche Autoren erlegen sind, wird im folgenden eingehend dargestellt werden.

Später hat das Bundesgericht seine Meinung in einem Einzelfall wieder geändert:

"Unter dem Gesichtspunkt des ... Anfechtungstatbestandes des Art. 288 scheitert die Klage ... am Ergebnis der Beweisführung, wonach nicht dargetan ist, dass damals Ernst S. bereits überschuldet war." ³⁾

Vorsichtig, aber nicht falsch drücken sich Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck ⁴⁾ aus:

"An einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung fehlt es auch dann, wenn der Gemeinschuldner Vermögensstücke ohne entsprechende Gegenleistung zu einer Zeit weggegeben hat, als er noch über hinreichende Mittel verfügte, um seine sämtlichen Gläubiger zu befriedigen." ⁵⁾

1) BGE 49 III 27

2) S. 109

3) BGE 64 III 85

4) § 29 N 22

5) In § 32 N 1 stellen sich Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck dagegen auf den Standpunkt, dass in einem solchen Fall dagegen mittelbare Benachteiligung vorliegt.

Wie sich noch ergeben wird, fehlt es in diesem Fall nicht nur an der unmittelbaren sondern auch an der mittelbaren Benachteiligung.

Fritzsche ¹⁾ erachtet die Ueberschuldung im Zeitpunkt der Schenkung ebenfalls nicht als nötig und verweist dabei auf den bereits zitierten Entscheid des Bundesgerichtes ²⁾.

Der vermeintliche Widerspruch löst sich jedoch einfach auf, es ist lediglich ein Unterschied im Verständnis des Begriffes 'Ueberschuldung'.

Während ich gemäss der Begriffsdefinition ³⁾ von der Bewertung zu effektiven Realisierungswerten ausgehe, geht Fritzsche von der Bewertung zu Fortführungswerten aus und begründet seine Ansicht, wonach die Ueberschuldung nicht vorliegen müsse, damit, dass auch ein [zu Fortführungswerten] nicht überschuldeter Schuldner bei der Bilanzierung zu effektiven Realisierungswerten überschuldet sein könne.

Im Resultat stimmt Fritzsche damit mit meiner Meinung überein, dass zu effektiven Realisierungswerten eine Ueberschuldung zwangsweise vorliegen muss, damit die Anfechtung überhaupt in Frage kommen kann.

Aehnlich wie Fritzsche äussern sich auch Jaeger/Daeniker ⁴⁾: "Eine Ueberschuldung des Schuldners im Augenblicke der Vornahme der angefochtenen Handlung ist keineswegs immer Voraussetzung der Klage. Es genügt auch die als notwendige Folge einer vollständigen Unrealisierbarkeit der Aktiven in Aussicht stehende Zahlungsunfähigkeit."

1) S. 277

2) 49 III 27

3) siehe vorne S. 32

4) S. 489

Auch Jäeger/Daeniker berücksichtigen bei ihrer Formulierung den Minderwert, den die Aktiven bei der Bewertung zu effektiven Realisierungswerten in der Regel haben.

Als einer der wenigen Autoren schneidet Müller ¹⁾ die Problematik der verschiedenen Bewertungsmöglichkeiten mit ihren verschiedenen Resultaten bezüglich der Ueberschuldung an. Weitere Ueberlegungen in der Richtung finden sich auch bei Birchler ²⁾.

Müller präzisiert die von Jaeger/Daeniker unter Berufung auf das Bundesgericht vertretene Meinung, indem er ausdrücklich sagt, dass betriebsbilanzmässig keine Ueberschuldung gegeben sein müsse. Damit meint Müller die Bewertung zu Fortführungswerten im Gegensatz zur Bewertung zu Liquidationswerten in einer Liquidationsbilanz oder einem Konkursstatus. ³⁾

Neben Fritzsche, Jaeger/Daeniker und dem Bundesgericht, deren Argumentation im Endeffekt der meinigen gleichkommt, gibt es andere Autoren, die im speziellen für den Fall einer Schenkung die Notwendigkeit der Ueberschuldung - gleichgültig zu welchen Werten - kategorisch bestreiten.

1) SJZ 1951, S. 233ff

2) SJZ 1925, S. 2

3) SJZ 1951, S. 234

Sie erachten eine Schenkung generell als zumindest indirekt schädigend ¹⁾, auch dann, wenn der Schuldner bei ihrer Vornahme noch Eigenkapital hatte. Als Beispiel für viele Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck ²⁾:

"Die Schenkungsanfechtung wird durch die bloße Tatsache der Unentgeltlichkeit der Zuwendung begründet. Sie entfällt nicht deshalb, weil die Mittel des Schenkers bei Vornahme der Zuwendung noch zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen." ³⁾

Wie es zu dieser Ansicht kommt, lässt sich leicht erklären. Ebenso leicht lässt sie sich widerlegen:

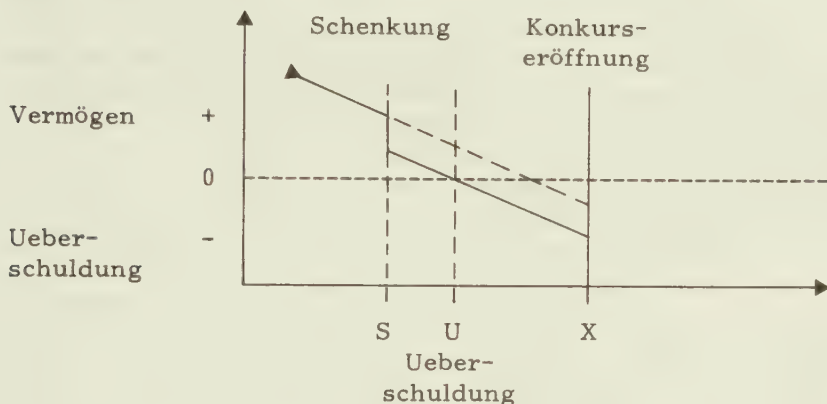
Wenn man von der betraglichen Höhe der schuldnerischen Aktiven im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ausgeht, erscheint jede vorherige Schenkung als gläubigerschädigend, weil der Aktivbestand im gleichen Zeitpunkt (!) ohne die Schenkung höher wäre und die Gläubiger dadurch besser gedeckt wären.

1) zur doppelten und teilweise falschen Verwendung dieses Begriffes siehe hinten S. 79

2) § 32 N 1

3) Vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 22 wonach in diesem Fall bloss die unmittelbare Benachteiligung auscheidet.

Grafisch sieht das folgendermassen aus:



Ohne die Schenkung wäre die Masse im angezeigten Zeitpunkt X zweifellos grösser gewesen und meine Behauptung der Notwendigkeit der Ueberschuldung scheint damit widerlegt zu sein.

Auf den zweiten Blick offenbart sich aber der gut versteckte Fehler in in der mir widersprechenden Ansicht, die von der Froschperspektive aus dem Blickwinkel der Konkursöffnung geprägt ist.

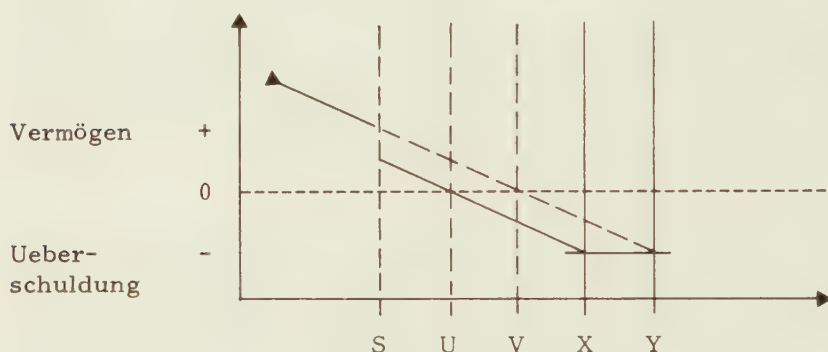
Woher steht denn überhaupt fest, dass die Konkursöffnung ohne die vorherige Schenkung ebenfalls im Zeitpunkt X erfolgt wäre?

Grafik und Wahrscheinlichkeit sprechen hier eine ganz andere Sprache:

Die Konkursöffnung ist in der Regel eine Folge der Illiquidität. Diese gründet meistens in der Ueberschuldung. Das bedeutet doch ganz klar, dass es zwischen dem Eintritt der Ueberschuldung oder Illiquidität einerseits und der Konkursöffnung andererseits einen zeitlichen Zusammenhang gibt.

Wäre nun die Schenkung tatsächlich unterblieben, so wären zwar die Aktiven im Zeitpunkt X wohl noch höher gewesen, das hätte aber nur bedeutet, dass sich der Schuldner noch eine Weile länger hätte über Wasser halten können. Die Illiquidität, die schliesslich zur Konkursöffnung führte, wäre einfach später eingetreten und im späteren Zeitpunkt Y der Konkursöffnung wäre die Masse exakt gleich gross gewesen wie sie mit Schenkung im früheren Zeitpunkt X war.

Die Grafik zeigt dies logisch und deutlich.



Massgebend für den Zeitpunkt der Konkursöffnung ist eben der Zeitpunkt des Eintrittes der Ueberschuldung bzw. Illiquidität.

Diese Zeitspannen X-U im ersten und Y-V im zweiten Fall entsprechen sich.

Damit ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis erbracht, dass die mir widersprechende Theorie falsch ist, weil sie auf einem Irrtum, also auf falschen Voraussetzungen, beruht.

Mit anderen Worten ist also bei allen Rechtshandlungen, auch bei Schenkungen ¹⁾, die Ueberschuldung nötig, damit sie gläubigerschädigend sein können.

Wäre nämlich die gegenteilige Ansicht richtig, so müsste nicht nur eine Schenkung vor Eintritt der Ueberschuldung, die das Vermögen vermindert hat, anfechtbar sein, sondern jede (!) Zahlung, die der Schuldner geleistet hat! Hat er nämlich Handelswaren gekauft und diese nach Ablauf der dreissigtägigen Zahlungsfrist bezahlt, so erscheint diese Zahlung 'aus der Sicht der Konkurseröffnung' als gläubigerschädigend, weil die Masse ohne die Zahlung grösser wäre und der getilgte Gläubiger nun nicht mehr volle Deckung erhielte.

Unscharf, ja unrichtig meint Hangartner ²⁾:

"Um festzustellen, ob eine bestimmte Rechtshandlung des Schuldners die Gläubiger geschädigt habe, ist die wirtschaftliche Situation des Schuldners zur Zeit der Konkurseröffnung zu vergleichen mit der Vermögenslage des Schuldners, wie sie sich im gleichen Moment darstellen würde, wenn die Rechtshandlung und ihre Wirkungen nicht eingetreten wären."

Hangartner erliegt hier genau dem dargestellten Irrtum. Er geht ohne weiteres davon aus, dass die Konkurseröffnung auch ohne Schenkung im gleichen Zeitpunkt X erfolgt wäre und berechnet die Differenz zwischen der Masse mit und ohne Schenkung als schädigende Wirkung 'aus der Sicht der Konkurseröffnung'.

Die ganze Problematik des Zeitpunktes, der für die Beurteilung und Bemessung der schädigenden Wirkung massgebend ist, ist aus dem gleichen Irrtum heraus entstanden.

1) In Einklang damit steht die Ueberlegung die dem Art. 286 zugrunde liegt und die in Fritzsche S. 277 zum Ausdruck kommt: "Niemand soll verschenken, solange die Gefahr besteht, dass Gläubiger zu Schaden kommen." Solange der Schuldner nicht überschuldet ist, besteht auch keine Gefahr, dass durch die Schenkung Gläubiger zu Schaden kommen.

2) S. 14

Ob eine schädigende Wirkung vorliegt, ist immer nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Rechtshandlung zu beurteilen, wobei die Aktiven zu effektiven Realisierungswerten einzusetzen sind.

"Wo das Gesetz unmittelbare Gläubigerbenachteiligung erfordert, ist im allgemeinen der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes massgebend." 1)

Wie ich nachgewiesen habe, ist auch bei mittelbarer Schädigung gleich vorzugehen.

Die Ueberschuldung muss also nach jeder Rechtsordnung und bei jeder Rechtshandlung vorgelegen haben, damit diese überhaupt schädigend sein konnte.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 23

D) Der Kausalzusammenhang zwischen Rechtshandlung und schädigender Wirkung

1. Die direkte Kausalität

Die schädigende Wirkung ist in der Regel die direkte Folge der Rechtshandlung. "... muss die Verkürzung mit der Rechtshandlung derart ursächlich zusammenhängen ..." 1)

Schwierig wird es, wenn sich eine Schädigung nur indirekt auf eine Rechtshandlung zurückführen lässt, wenn also eine zweite Rechtshandlung dazwischentritt, welche die Schädigung direkt verursacht hat.

2. Die indirekte Kausalität

Eine Rechtshandlung ist dann indirekt schädigend, wenn sie als (unerlässliche) Vorbereitungshandlung in einem inneren Zusammenhang zur späteren direkt schädigenden Rechtshandlung steht.

"Ist die Gläubigerbenachteiligung nicht schon durch das angefochtene Geschäft selbst, sondern erst durch einen ausserhalb dieses Geschäftes liegenden Umstand verursacht, so ist nur eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung gegeben." 2)

Diese erste Rechtshandlung erfüllt, obwohl an sich selbst nicht schädigend, den objektiven Tatbestand trotzdem.

Klassische Beispiele dafür sind:

1. Aufnahme eines neuen Kredites gegen Pfandsicherung und Verwendung der Mittel zur Tilgung ungesicherter Schulden.

2. Verkauf von Aktiven und Verwendung des Erlöses zur einseitigen Gläubigerbefriedigung.

3. Verkauf von Aktiven an einen ungesicherten Gläubiger, der seine Schuld aus dem Verkauf dieser Aktiven anschliessend mit seiner Forderung gegen den Schuldner verrechnet und so überproportionale Tilgung erlangt.

1) Gaugler S. 103

2) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 21

Effektiv gläubigerschädigend ist in all diesen Fällen nur die letzte Handlung, oder besser ausgedrückt, der zweite Teil der in einem inneren Zusammenhang stehenden Handlungen.

Das Bundesgericht liess die Anfechtung der ersten, an sich nicht selbständig schädigenden Handlung ursprünglich entgegen der in der Literatur vorherrschenden Meinung einschränkend nur dann zu ¹⁾, wenn es sich bei den beiden Handlungsstufen um eine eigentliche Handlungseinheit handelte. Im Resultat führte das zu unbilligen Ergebnissen.

Später hat das Bundesgericht seine Praxis der Realität angepasst und die indirekte Schädigung, die durch eine solche Massnahme ermöglicht wurde, der direkten Schädigung gleichgestellt, sofern nur ein gewollter Zusammenhang zwischen den beiden Handlungen bestand. Es war somit nicht mehr notwendig, dass die beiden Handlungen auch äusserlich als Einheit erschienen.

Nach bundesgerichtlicher Erkenntnis ²⁾ fehlt der innere Zusammenhang insbesondere dann, wenn der Kreditgeber oder Käufer der Aktiven nicht mit dem finanziellen Zusammenbruch des Schuldners rechnen musste, sondern an eine Verbesserung der Lage glauben konnte. Andernfalls würde dem Schuldner jede Möglichkeit zur Sanierung genommen.

Im Resultat bedeutet diese Ausweitung der Anfechtbarkeit auch auf indirekt schädigende Rechtshandlungen eine Verbesserung der Stellung der Gläubiger. Diese können weiterhin die direkt schädigende Rechtshandlung anfechten, daneben aber auch die dieser zugrundeliegende indirekt schädigende Vorbereitungshandlung.

Massgebender Zeitpunkt für die Feststellung der Schädlichkeit einer Rechtshandlung bleibt aber die effektiv angefochtene Rechtshandlung.

1) Uebersicht bei Gaugler S.103ff

2) BGE 53 III 80

Eine vor Eintritt der Ueberschuldung vorgenommene Vorbereitungshandlung kann darum nicht indirekt schädigend sein und ist nicht anfechtbar, auch dann nicht, wenn nach Eintritt der Ueberschuldung darauf beruhend eine schädigende Handlung erfolgt. Faktisch wird dieser Fall jedoch nie eintreten, weil sich die beiden Rechtshandlungen immer innerhalb kurzer Zeit abspielen und es objektiv unmöglich ist, den Eintritt der Ueberschuldung auf den Tag genau zu bestimmen.

Anderer Meinung sind Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck ¹⁾:

"Hier ist für die Frage, ob die Gläubiger durch die Rechtshandlung benachteiligt sind, nicht der Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung, auch nicht der Zeitpunkt der Konkurseröffnung, sondern die Sachlage, wie sie sich am Schluss der letzten Tatsacheninstanz darstellt, massgebend."

3. Das falsche Verständnis der indirekten Schädigung

Wie schon der absolute und relative Schaden und die zugehörigen Beweislasten in Literatur und Entscheiden vermischt und verwechselt wurden, so wurden auch zwei völlig verschiedene Erscheinungen unter dem gleichen Titel 'indirekte Schädigung' verwendet. Erscheinungen, die nicht zusammengehören, weil sie einerseits den relativen Schaden und andererseits den absoluten Schaden betreffen.

Diejenige Erscheinungsform, die den relativen Schaden betrifft, ist eben unter dem Titel 'indirekte Kausalität' behandelt worden.

Die zweite Erscheinungsform betrifft den absoluten Schaden und hat nichts mit einer indirekten Schädigung zu tun, obwohl sie so genannt und damit vermischt wird.

Als indirekt schädigend sind Rechtshandlungen bezeichnet worden, die das noch vorhandenes Eigenkapital des Schuldners vermindert haben, ohne dass es dadurch zu einer Ueberschuldung gekommen wäre.

1) § 29 N 24

Diese Rechtshandlungen sollen dadurch indirekt schädigend wirken, weil sie die Ueberschuldung früher eintreten lassen.

Es ist also genau der Fall gemeint, den ich vorher anhand der Schenkung demonstriert habe, und bei dem ich nachgewiesen habe, dass eine Schädigung überhaupt nicht vorliegen kann ¹⁾.

Ein illustratives Beispiel dieser verfehlten Ansicht mit ihren falschen Schlussfolgerungen findet sich bei Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck ²⁾:

"Mittelbare [=indirekte] Gläubigerbenachteiligung liegt ferner vor, wenn durch die Vornahme der Rechtshandlung zwar eine Benachteiligung der damals vorhandenen Gläubiger nicht eingetreten ist, aber das bei Konkurseröffnung noch vorhandene Vermögen nicht zur Befriedigung aller persönlicher Gläubiger ausreicht, weil sich mittlerweile das aktive Vermögen vermindert oder die Schuldenlast vergrößert hat."

Wenn die Formulierung zu Beginn auch noch die Auslegung zulässt, dass es lediglich nicht darauf ankomme, ob bei der Konkurseröffnung noch die selben Gläubiger da sind ³⁾, so wird doch aus der zweiten Hälfte klar, dass gemeint ist, es komme nicht darauf an, ob zuvor schon eine Ueberschuldung vorgelegen habe.

1) Siehe vorne S. 74 ff

2) § 29 N 24

3) Dieses Problem habe ich vorne auf S. 43 f dargestellt

E) Der Nachweis der schädigenden Wirkung im SchKG

Weil das SchKG die schädigende Wirkung der Rechtshandlung nicht ausdrücklich ¹⁾ enthält, enthält es auch keine Vorschriften über deren Nachweis. Daraus lassen sich zwei mögliche Schlüsse ziehen:

Entweder ist die schädigende Wirkung gemäss der allgemeinen Beweisregel in ZGB Art. 8 vom Anfechtenden nachzuweisen, oder sie wird vom Gesetz vermutet und darum aus Gründen der prozessorientierten Formulierung nicht genannt.

Das Bundesgericht ging ohne lange Ueberlegungen von der zweiten Variante aus:

"In der Tat spricht das Gesetz nur von der verpönten Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, und nicht auch von der Verwirklichung dieser Absicht. Daraus folgt aber nur, dass der Gläubiger zur Begründung seiner Anfechtungsklage nicht ... noch den Eintritt einer durch das angefochtene Rechtsgeschäft tatsächlich bewirkten Gläubigerschädigung beweisen muss." ²⁾

Soweit so gut, im nächsten Satz aber sagt das Bundesgericht, woraus es diese Schlussfolgerung zieht, und dabei wird ein grober Ueberlegungsfehler offenbar:

"Letztere [die schädigende Wirkung der angefochtenen Rechtshandlung] wird zugunsten des Verlustscheingläubigers und der Konkursmasse vom Gesetz vermutet (SchKG Art. 285!)" ³⁾

Ob diese schädigende Wirkung vom Gesetz vermutet wird oder nicht, ist zu prüfen, aber sicher ergibt sie sich nicht aus dem angeführten Art. 285! Art. 285 enthält lediglich die Vermutung der absoluten Schädigung ⁴⁾, das heisst des For-

1) Fenkart ZBJV 1925, S. 411

2) BGE 85 III 189

3) BGE 85 III 189, Fortsetzung

4) Hangartner S. 15

derungsausfalls, im Fall der Konkurseröffnung. Ueber die Wirkungen der Rechtshandlungen vor der Konkurseröffnung steht in Art. 285 gar nichts und es lässt sich auch überhaupt nichts darüber aus Art. 285 ableiten.

Meines Erachtens ist die aufgeworfene Frage im gegenteiligen Sinn zu beantworten, nämlich, dass der Anfechtende zum Nachweis verpflichtet ist.¹⁾

Dies ergibt sich aus den folgenden simplen Erwägungen:

Die vom Bundesgericht behauptete Vermutung würde ja heissen, dass grundsätzlich jede schuldnerische Rechtshandlung vor dem Konkurs vorerst einmal als schädigend zu gelten hat, also beispielsweise auch die Entgegennahme einer unentgeltlichen Verfügung durch den Schuldner.

Vermutungen lassen sich aber nur dort rechtfertigen, wo auch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die vermutete Tatsache spricht.

Warum aber sollte eine diesbezügliche Wahrscheinlichkeit bestehen? Etwa weil der Schuldner ausgepfändet wurde oder in Konkurs fiel? Dafür sind ganz andere Gründe denkbar.

Nehmen wir zum Beispiel einen Kaufmann, der Waren einkauft und sie mit einem Bruttogewinn weiterverkauft, die Handelsmarge (der Bruttogewinn) aber zur Deckung der Gemeinkosten (Miete, Kapitalzinsen, Unterhalt, Versicherungen, Verwaltung, Werbung etc.) nicht genügt. Die Folge ist, dass der Unternehmer insgesamt Verluste macht, in Ueberschuldung gerät und schliesslich in Konkurs fällt.

Dies ist eine häufige Konkursursache, und gerade hier braucht überhaupt keine einzige gläubigerschädigende Rechtshandlung vorgelegen zu haben.

1) Gleicher Meinung Gaugler S. 103 Fussnote 38: "Das Erfordernis objektiver Schädigung, die im Streitfall zur Beweislast des zur Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs Berufenen steht, ..."

Ferner Gaugler S. 107: "Der Verlustschein verschafft wohl die formelle Klagelegitimation, entscheidet aber nicht ... darüber, ob der angefochtene Rechtsakt dem Gläubiger zum Nachteil gereichte."

Eine andere häufige Konkursursache:

Ein nicht überschuldetes aber knapp finanziertes Unternehmen gerät in Zahlungsschwierigkeiten, weil einzelne Kundenguthaben durch Konkurs der Kunden unrealisierbar werden. Die Liquiditätsprobleme können zum Konkurs führen.

Auch hier braucht keine gläubigerschädigende Rechtshandlung vorzuliegen.

Es gibt viele Ursachen des Konkurses, der absoluten Gläubigerschädigung, die nicht auf gläubigerschädigenden Rechtshandlungen des Schuldners beruhen. Wo aber gläubigerschädigende Rechtshandlungen vorkommen, sind es in aller Regel nur ein kleiner Teil aller Rechtshandlungen des Schuldners.

Zu vergessen ist zudem auch nicht, dass gläubigerschädigende Rechtshandlungen in der Regel in erster Linie für den Schuldner selbst schädigend sind, weil sie dessen Eigenkapital vermindern oder dessen Ueberschuldung erhöhen.

Die Vermutung der Gläubigerschädigung findet also in der Wahrscheinlichkeit keine Stütze. Aber auch aus dem Gesetz ist sie nicht abzuleiten, insbesondere nicht aus den Art. 286 und 287. Diese beiden Artikel enthalten nämlich ausschliesslich Rechtshandlungen, die bei Vorliegen der Ueberschuldung aus sich selbst heraus gläubigerschädigend sind und gar nicht anders sein können. ¹⁾ Hier erübrigt es sich, Worte über die Notwendigkeit der schädigenden Wirkung und deren Nachweis zu verlieren, weil beide allein schon im Nachweis der anfechtbaren Rechtshandlung enthalten sind.

1) Hangartner S. 9: "Während bei Erfüllung der Tatbestände der Art. 286 und 287 SchKG die Schädigung der Gläubiger in der Natur jener Handlungen liegt und präsumiert wird ..."

Die schädigende Wirkung ist aus den genannten Gründen vom Anfechtenden nachzuweisen. Eine andere Auslegung des Gesetzestextes lässt sich überhaupt nicht rechtfertigen.

Der Nachweis der Ueberschuldung, den das Bundesgericht in BGE 64 III 85 folgerichtig und auch ohne entsprechende Erwähnung in Art. 288 verlangt, hat die Funktion, zusammen mit anderen Elementen die schädigende Wirkung der Rechtshandlung zu dokumentieren.

Dagegen hat das Bundesgericht in seinem späteren Entscheid 85 III 185 die Vermutung der absoluten Schädigung als Resultat aller Rechtshandlungen des Schuldners mit der nicht vermuteten relativen Schädigung als Resultat einer einzelnen Rechtshandlung verwechselt und daraus seinen falschen Schluss gezogen.

Dem gleichen Irrtum sind auch namhafte Autoren erlegen. So schreiben beispielsweise Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck ¹⁾:

"Der Beweis der Gläubigerbenachteiligung obliegt dem Konkursverwalter. Behauptet der Anfechtungsgegner, die Masse sei zulänglich, so trifft ihn angesichts der Tatsache der Konkursöffnung hierfür die Beweislast."

Der erste Beweis bezieht sich auf die schädigende Wirkung der Rechtshandlung, also die relative Schädigung, der zweite dagegen auf den Forderungsausfall, also die absolute Schädigung. Wäre dem nicht so, wäre das Zitierte ein Widerspruch in sich selbst.

Auch Hangartner macht in Anlehnung an das Bundesgericht den gleichen Fehler. ²⁾

Auch Fritzsche ³⁾ irrt sich:

"Der Anfechtungsbeklagte kann daher den Nachweis erbringen, dass diese Handlung eine solche Benachteiligung in concreto nicht zur Folge hatte ..."

1) § 29 N 37

2) S. 9: "Stets ist die Frage der Benachteiligung von Amtes wegen zu prüfen. Fehlt die schädigende Wirkung der schuldennerischen Handlung, so ist eine Anfechtung unzulässig."

3) S. 274

Ebenso falsch und inkonsequent ist auch der weitere Satz im zitierten Entscheid ¹⁾:

"Es liegt daher in der Natur der Sache, dass es dem Anfechtungsbeklagten gestattet sein muss, jene aus dem Verlustschein folgende Vermutung zu widerlegen."

Die hier angesprochene Vermutung betrifft wiederum die schädigende Wirkung einer einzelnen Rechtshandlung. Diese besteht aus den bereits genannten Gründen nicht und aus dem Verlustschein folgt überhaupt keine Vermutung, sondern nur der klare Beweis des Forderungsausfalls, also der absoluten Schädigung.

F) Der Nachweis der schädigenden Wirkung in der KO und im AnfG

KO und AnfG enthalten - wenn auch nicht überall, so doch zumindest teilweise - das Erfordernis der schädigenden Wirkung ausdrücklich.

Ueber den Nachweis dieser schädigenden Wirkung ist aber wie im SchKG nichts gesagt.

Das ist jedoch nicht so schlimm wie im SchKG, weil das deutsche Anfechtungsrecht insgesamt nicht so prozessorientiert formuliert ist wie das schweizerische und man darum leichter vom allgemeinen Grundsatz ausgehen darf, dass alle Elemente des objektiven Tatbestandes grundsätzlich vom Anfechtenden nachzuweisen sind.

Dem entsprechen auch Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck:

"Der Beweis der Gläubigerbenachteiligung [gemeint ist die schädigende Wirkung der Rechtshandlung und nicht der absolute Schaden] obliegt dem Konkursverwalter." ²⁾

1) BGE 85 III 189 f

2) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 37 mit Verweisen; Jaeger/Lent § 29 Anm. 19.

G) Die Bereicherung des Dritten

Die Bereicherung des Dritten ist kein objektives Tatbestandselement der Anfechtung ¹⁾. In vielen Fällen gibt es eine solche Bereicherung auch gar nicht, denken wir etwa an die vollständige Befriedigung eines Gläubigers, die schädigend ist, weil die andern Gläubiger dadurch nur noch unterproportional gedeckt werden.

Die Bereicherung kann natürlich vorliegen und sie ist in der Regel dort gegeben, wo es sich bei der Rechtshandlung um eine reine oder gemischte Schenkung handelt.

Veraltet ist BGE 31 II 330, der sagt:

"Zu den Voraussetzungen der Anfechtbarkeit gehört, nach feststehender Praxis, ein Vermögensvorteil in der Person des Anfechtungsgegners."

H) Zeitliche Einschränkungen des objektiven Tatbestandes

Zeitliche Einschränkungen des objektiven Tatbestandes gibt es ausser der allgemeinen Frist in Art. 292 SchKG nicht und kann es auch nicht geben, solange die Generalnorm keine solchen enthält.

Solange nämlich jede Rechtshandlung wahlweise auch nach der Generalnorm angefochten werden kann, kann die Bedeutung der Fristen in einzelnen Tatbeständen gar nicht für den objektiven Tatbestand gelten. Im folgenden Teil über die Rechtfertigung der Anfechtung wird sich die wahre Bedeutung der Fristen zeigen.

1) Gaugler S. 108; Blumenstein S. 878 selbst für die unentgeltliche Verfügung; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 32

Der objektive Tatbestand ist für alle Rechtshandlungen gleich.
Die Art der Rechtshandlung ist kein objektives Tatbestandselement. Unrichtig sagt daher Amonn ¹⁾:

"Sind die objektiven Voraussetzungen der Schenkungspauliana nicht erfüllt, kann nur noch ein anderer, an strengere Voraussetzungen geknüpfter Anfechtungstatbestand in Frage kommen."

Auch Amonn vermischt die materielle mit der prozessualen Seite. Objektive Voraussetzung ist eben nicht die in Art. 286 genannte Rechtshandlung besonderer Art, sondern schlicht und einfach die gläubigerschädigende Rechtshandlung.

1) S. 421

12. Kapitel: Arten von schädigenden RechtshandlungenA) Allgemeines

Was in den meisten Kommentaren und Lehrbüchern den Grossteil des Inhalts ausmacht, nämlich die Aufzählung von möglichen schädigenden Rechtshandlungen, kann in einer systematisch aufgebauten Arbeit nur einen kleinen Platz einnehmen, weil diese Demonstration lediglich die dahinterstehende Theorie veranschaulichen soll.

Nicht die Art der Rechtshandlung ist nämlich Tatbestandselement, sondern die Rechtshandlung schlechthin. Die Art hat nur Einfluss auf die Beweislastverteilung.

Jede Rechtshandlung, ob sie sich schädigend auswirkt oder nicht, findet ihren bilanzmässigen Niederschlag beim Schuldner. Wenn ich also von Arten von Rechtshandlungen spreche, so sind damit Arten gemeint, die sich in ihrer bilanzmässigen Bedeutung unterscheiden.

Diese Gruppierung - die einzige systematische, deren Erkenntnisse auch abstrakt weiterverwendet werden können - sucht man in der Literatur vergeblich. Die einzelnen Rechtshandlungen sind zwar eingehend exemplarisch behandelt worden, aber doch nie grundsätzlich im Hinblick auf ihre schlussendlich massgebliche bilanzmässige Bedeutung.

Die folgende Betrachtung der Arten von schädigenden Rechtshandlungen bezieht sich nur auf den objektiven Tatbestand. Auch wenn dieser erfüllt ist, ist damit noch nichts über die Begründetheit der Anfechtung gesagt. Diese kann erst Erfolg haben, wenn neben dem objektiven Tatbestand auch gewisse subjektive Elemente erfüllt sind, welche die Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung gegenüber den Betroffenen rechtfertigen.

B) Die bilanzmässige Bedeutung der Rechtshandlung

Die Bilanz enthält Aktiven und Passiven. Was sie oft nicht oder nur ansatzweise enthält, ist die Information, welche Aktiven verpfändet sind und welche Forderungen dadurch sichergestellt sind. Für die Beurteilung der schädigenden Wirkung einer Rechtshandlung muss diese Unterscheidung aber vorgenommen werden.

Die Aktiven müssen in frei verfügbare und verpfändete, die Passiven in ungesicherte und gesicherte eingeteilt werden.

In der Regel liegt der Wert der verpfändeten Aktiven über dem Betrag der dadurch gesicherten Schulden, damit die Schuld auch bei einem allfälligen Minderwert der Aktiven in der Liquidation noch gedeckt ist. Für unsere Zwecke kann und muss dieses Auseinandergehen bereinigt werden.

Ein Aktivum, das für eine Schuld verpfändet ist, wird nur bis zum Wert der Schuld vom sichergestellten Gläubiger beansprucht. Der darüber hinausgehende Wert kommt den ungesicherten Gläubigern zu. Das bedeutet, dass für eine aussagekräftige Bilanz nur derjenige Teil eines Aktivums als verpfändet anzusehen ist, der nach der Verwertung auch zur Deckung der dadurch gesicherten Schuld benötigt wird. Der restliche Wert des Aktivums ist als unverpfändet zu betrachten.

Genau gleich verhält es sich umgekehrt. Ist eine Schuld durch ein Aktivum sichergestellt, das bei der Verwertung den Schuldbetrag nicht einbringt, so ist der Gläubiger für den Teil seiner Forderung, der den Wert des Pfandobjektes übersteigt, eben nicht gesichert. In unserer Bilanz ist er darum nur mit dem effektiv durch den Wert des Aktivums gesicherten Betrag seiner Forderung als sichergestellter Gläubiger aufzuführen und mit dem allenfalls darüber hinausgehenden Betrag als ungesicherter.

Zusammengefasst bedeutet das, dass in unserer Bilanz der Wert aller verpfändeten Aktiven immer genau dem Wert der dadurch sichergestellten Schulden entspricht.

Welcher Art die einzelnen Aktiven sind, das heisst, ob es sich um Bargeld, Guthaben, Waren, Einrichtungen oder Liegenschaften handelt, ist unerheblich, solange die Aktiven mit ihrem effektiven Realisierungswert in der Bilanz stehen.

Damit zeigt sich auch, dass die in Art. 287 SchKG genannte Tilgung durch ungewöhnliche Mittel keine Bedeutung für den objektiven Tatbestand haben kann, weil die einzelnen Aktiven einander gleichwertig sind. Die Bedeutung dieser ungewöhnlichen Tilgung liegt nur im subjektiven Bereich.

C) Zahlenbeispiele

Schema 1

vor der
Rechtshandlung

Aktiven

800

Schulden

1,000

Sofern keine gesicherten Schulden vorliegen und demzufolge auch keine Aktiven verpfändet sind, ergibt sich ein Deckungsgrad von 80% für die Gläubiger.

Sind dagegen einzelne Schulden sichergestellt, so sieht es beispielsweise so aus:

Schema 2

vor der
Rechtshandlung

Aktiven

200
600

Schulden

200
800

Der Deckungsgrad beträgt für die gesicherten Gläubiger 100%, für die andern 75%.

Das Schema 2 ist nun der Ausgangspunkt zur Darstellung der bilanzmässigen Veränderungen, die sich aus den unzähligen verschiedenen Rechtshandlungen überhaupt ergeben können.

Es wird sich dabei herausstellen, dass insgesamt nicht mehr als ein Dutzend Veränderungen überhaupt möglich sind.

Das zeigt einerseits, wie unsinnig die bisher versuchten samt und sonders unvollständigen Einteilungen sind und andererseits, wie tauglich der bilanzmässige Gesichtspunkt gerade in dieser Frage ist.

Rechtshandlungen innerhalb der ungesicherten Aktiven oder der ungesicherten Passiven, welche die Totalbestände nicht verändern, sind für die Gläubiger neutral. Beispiele für eine solche Rechtshandlung sind:

- Kauf oder Verkauf von Aktiven gegen Barzahlung
- Tilgung einer Schuld durch Belastung auf einem ungesicherten passiven Bankkonto, d.h. Schuldübernahme durch die Bank, Erhöhung des ungesicherten Kredites.

Der objektive Anfechtungstatbestand

Schema 3

<u>vor der</u> Rechtshandlung		<u>nach der</u> Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	600	800

Die Sicherstellung einer schon bestehenden Schuld ist für die übrigen Gläubiger immer schädigend.

Schema 4

<u>vor der</u> Rechtshandlung		<u>nach der</u> Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	300	300
600	800	500	700

Der Deckungsgrad hat durch diese nachträgliche Sicherstellung von 75% auf 71% abgenommen.

Die betraglich gleiche Verminderung der freien Aktiven und ungesicherten Schulden, beispielsweise bei der Tilgung einer Schuld durch Hingabe von Aktiven, ist immer schädigend:

Schema 5

<u>vor der</u> Rechtshandlung		<u>nach der</u> Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	500	700

Der Deckungsgrad hat von 75% auf 71% abgenommen.

Ob eine ungesicherte Schuld also durch Hingabe von Aktiven getilgt oder durch nachträglich durch die Verpfändung von Aktiven sichergestellt wird, spielt keine Rolle. Das Resultat ist dasselbe. Die Schemen 4 und 5 zeigen das deutlich.

Hingegen macht es einen Unterschied, ob eine Schuld durch Uebernahme von einem anderen ungesicherten Gläubiger getilgt wird (Schema 3), oder durch Hingabe von Aktiven (Schema 4).

Im ersten Fall ist die Tilgung schädigend, im zweiten Fall nicht.

Die betraglich gleiche Verminderung von verpfändeten Aktiven und sichergestellten Schulden, das heisst, die Tilgung einer sichergestellten Schuld, ist dagegen nicht schädigend:

Schema 6

<u>vor der</u> Rechtshandlung		<u>nach der</u> Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	100	100
600	800	600	800

An den freien Aktiven, den ungesicherten Schulden und somit am Deckungsgrad hat sich nichts geändert.

Grundsätzlich gleich verhält es sich mit der Erhöhung der verpfändeten Aktiven und der gesicherten Schulden, beispielsweise bei der Auszahlung eines neuen Kredites gegen Pfandsicherung:

Schema 7

<u>vor</u> der Rechtshandlung		<u>nach</u> der Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	300	300
600	800	600	800

Das Problem dieser an sich nicht schädigenden Handlung liegt aber darin, dass die gegen Sicherheit erhaltenen flüssigen Mittel zur Tilgung ungesicherter Schulden verwendet werden können, wie dies im Schema 5 der Fall ist. Auf das gesamte gesehen entsteht damit durch die Abfolge der Handlungen in Schema 7 und Schema 5 genau der Fall des Schemas 4, das heisst, der Bestand der ungesicherten Schulden sinkt zugunsten der gesicherten und der Bestand der freien Aktiven sinkt ebenfalls zugunsten der verpfändeten.

Obwohl die schädigende Wirkung in diesem Fall direkt aus der Handlung des Schemas 5 entsteht und diejenige im Schema 7 soweit neutral ist, gilt die letztere dennoch als indirekt schädigend.

Das bedeutet, dass auch Handlungen, die in dieser Darstellung als nicht schädigend aufgeführt sind, dann als indirekt schädigend gelten müssen, wenn sie als Vorbereitungshandlung zu einer direkt schädigenden Handlung angesehen werden müssen.

Die einseitige Verminderung von Aktiven, beispielsweise eine Schenkung oder ein Kauf von Aktiven gegen bar, wenn der Wert der Aktiven unter dem Kaufpreis liegt vorliegt, ist immer schädigend.

Schwierig ist hier allerdings die Abgrenzung zur Hingabe eines Aktivums gegen ein anderes gleichwertiges, wie es beim Barkauf normalerweise der Fall ist.

Ob ein Aktivum seinen Preis wert ist, ist wieder eine Frage der Bewertung. Ein Halbfabrikat kann seinen Preis sehr wohl wert sein, wenn es weiterverarbeitet wird, es kann aber auch völlig wertlos sein, wenn es konkursamtlich liquidiert wird.

Der Bewertung der Aktiven im Zeitpunkt der Rechtshandlung kommt daher eine grosse Bedeutung zu:

Schema 8

vor der Rechtshandlung		nach der Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	500	800

Durch die einseitige Verminderung von Aktiven ist der Dekungsgrad von 75% auf 63% gesunken.

Die einseitige Erhöhung von Passiven, die durch Anerkennung einer nicht bestehenden Schuld oder durch Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung entsteht, ist immer schädigend:

Schema 9

<u>vor der</u> Rechtshandlung		<u>nach der</u> Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	600	900

Der Deckungsgrad beträgt nur noch 67%.

Nie schädigend ist dagegen die betraglich gleiche Erhöhung von Aktiven und Passiven. Im Gegenteil ist sie für die Gläubiger begünstigend. Beispiele für solche Handlungen sind der Kauf von Aktiven auf ungesicherten Kredit oder die Auszahlung eines neuen ungesicherten Kredites.

Schema 10

<u>vor</u> der Rechtshandlung		<u>nach</u> der Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	700	900

Der Deckungsgrad ist von 75% auf 78% gestiegen.

Die übermässige Erhöhung der Schulden gegenüber der Erhöhung der Aktiven steigert zwar die Ueberschuldung, muss aber nicht schädigend sein, sondern kann die Gläubiger sogar begünstigen

Schema 11

<u>vor</u> der Rechtshandlung		<u>nach</u> der Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	690	900

Der Deckungsgrad bei dieser Rechtshandlung, beispielsweise dem Kauf eines Aktivums im Wert von 90 für 100 auf ungesicherten Kredit, hat - obwohl überschuldungssteigernd - die Erhöhung des Deckungsgrades von 75% auf 77% zur Folge.

Massgebend für die schädigende Wirkung ist also nicht allein die Tatsache, dass ein Aktivum zu übersetztem Preis gekauft wurde, sondern einerseits, ob es gegen Hingabe von anderen Aktiven oder auf ungesicherten Kredit gekauft wurde, und andererseits, wie sich das Verhältnis Wert:Kaufpreis zum Deckungsgrad vor der Rechtshandlung verhält.

Ist das Verhältnis Wert/Kaufpreis 90:100, der Deckungsgrad vor der Rechtshandlung dagegen nur 75:100, so ist die Rechtshandlung begünstigend.

Ist das Verhältnis Wert:Kaufpreis dagegen schlechter als der Deckungsgrad, so ist die Rechtshandlung schädigend:

Schema 12

<u>vor der</u> Rechtshandlung		<u>nach der</u> Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	650	900

Durch den Kauf eines Aktivums im Wert von 50 für 100 auf ungesicherten Kredit werden die Gläubiger geschädigt. Ihre Befriedigungsquote sinkt von 75% auf 72%.

Schädigend ist diese Rechtshandlung darum, weil das Verhältnis Wert:Kaufpreis von 50:100 unter dem Deckungsgrad von 75:100 liegt.

Hier liegt die genau gleiche Bewertungsproblematik vor, wie sie schon vorstehend zum Schema 8 erläutert wurde. Ob die Schulden im gleichen Mass steigen wie die Aktiven, hängt immer von der Bewertung der Aktiven ab.

Denkbar ist auch der umgekehrte Fall, nämlich, dass die Schulden mehr abnehmen als die Aktiven. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn sich ein Gläubiger zum teilweisen Forderungsverzicht bereit erklärt, unter der Bedingung, dass er für den Rest der Forderung Tilgung erhält. Hier sinkt die Ueberschuldung durch die Tilgung. Das bedeutet aber noch lange nicht, dass das für die Gläubiger nicht schädigend ist:

Schema 13

<u>vor der</u> Rechtshandlung		<u>nach der</u> Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	510	700

Der Deckungsgrad der Gläubiger hat im vorliegenden Fall trotz Verminderung der Ueberschuldung von 75% auf 73% abgenommen. Massgebend dafür, ob sich eine Tilgung unter teilweisem Forderungsverzicht begünstigend, neutral oder schädigend verhält, ist das Verhältnis prozentuale Tilgung zu Deckungsgrad. Ist die prozentuale Tilgung trotz des Forderungsverzichtes noch höher als der Deckungsgrad - im Schema 11 beträgt sie 90% bei einem Deckungsgrad von nur 75% -, so ist die Rechtshandlung schädigend, weil der getilgte Gläubiger trotz des teilweisen Forderungsverzichtes immer noch mehr erhielt, als er nach Deckungsgrad beanspruchen könnte.

Liegt die prozentuale Tilgung mit Forderungsverzicht dagegen unter dem Deckungsgrad, so wird der getilgte Gläubiger unterproportional getilgt, was sich auf die übrigen Gläubiger begünstigend auswirkt:

Schema 14

<u>vor der</u> Rechtshandlung		<u>nach der</u> Rechtshandlung	
Aktiven	Schulden	Aktiven	Schulden
200	200	200	200
600	800	550	700

Der Deckungsgrad ist durch diese Rechtshandlung von 75% auf 78% gestiegen.

Weitere als die gezeigten Auswirkungen auf die Bilanz des Schuldners kann eine Rechtshandlung nicht haben. Die Unterscheidung der möglichen Rechtshandlungen ist nach diesem Kriterium also sehr gut möglich und leistet zudem unerlässliche Dienste zur Beurteilung der schädigenden Wirkung einer Rechtshandlung.

Vorsicht ist einzig insofern geboten, als geprüft werden muss, ob sich eine Handlung, die selbst als nicht schädigend taxiert werden muss, dennoch indirekt schädigend sein kann. Dies ist jedoch immer nur bei Rechtshandlungen möglich, welche auf die verpfändeten Aktiven und die sichergestellten Schulden von Einfluss sind.

D) Schlussfolgerungen

Es ist somit durch Zahlenbeispiele nachgewiesen, dass weder aus der Veränderung der Ueberschuldung noch aus der Veränderung von Aktiven oder Passiven allein auf die schädigende Wirkung geschlossen werden kann, weil zumeist Aktiven und Passiven von einer Rechtshandlung berührt sind. Aber auch wenn man die Veränderung von Aktiven und Passiven berücksichtigt, lässt sich damit noch nichts über die Schädigung sagen, weil diese Veränderung je nach bestehendem Deckungsgrad vorteilig oder nachteilig sein kann.

Ob die Rechtshandlung eine Schädigung bewirkt hat, kann darum erst festgestellt werden, wenn der Deckungsgrad vor der Rechtshandlung mit demjenigen nach der Rechtshandlung verglichen und auch berücksichtigt wird, wie sich allenfalls die prozessuale Stellung der Gläubiger durch die Rechtshandlung verändert hat.

Diese ganze Problematik ist von der bisherigen Rechtsprechung und Literatur einfach ignoriert worden. In Gerichtsentscheiden findet sich kaum jemals eine Untersuchung über die schädigende Wirkung, sie wird einfach stillschweigend als bestehend angenommen, das heisst sie wird aus völlig unsicheren Indizien geschlossen, wobei man sich der Unsicherheit dieser Indizien nicht einmal bewusst ist.

Die Schemen auf den vorhergehenden Seiten haben gezeigt, dass Rechtshandlungen, die auf den ersten Blick schädigend aussehen, weil sie zum Beispiel die Ueberschuldung vergrössern, in Wirklichkeit begünstigend sein können, dass hingegen Rechtshandlungen, die sehr begünstigend aussehen, wie die teilweise Schuldentilgung unter teilweisem Forderungsverzicht, schädigend sein können.

Auch in der Literatur sind in dieser Frage nur sehr allgemeine und daher unbrauchbare Definitionen aufgetaucht, eine eingehende Behandlung dieser Frage fehlte aber bislang.

13. Kapitel: Resultat

Wie sich gezeigt hat, gibt es vom objektiven Tatbestand her gesehen nur eine Anfechtung, sowohl im schweizerischen wie auch im deutschen Recht.

Gegenstand der Anfechtung ist immer eine Rechtshandlung, die sich schädigend auf die Gläubiger ausgewirkt hat.

Die besondere Art der Rechtshandlung spielt im objektiven Tatbestand keine Rolle. Ihre Bedeutung ist beschränkt auf die prozessuale Ebene im subjektiven Tatbestand.

So kann es sein, dass gewisse Elemente des objektiven Tatbestandes, die grundsätzlich vom Anfechtenden nachzuweisen sind, in besonderen Fällen gesetzlich vermutet werden, weil die Art der Rechtshandlung dies bereits nahelegt.

Die schädigende Wirkung der Rechtshandlung setzt voraus, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung zu effektiven Realisierungswerten überschuldet war. Für die Feststellung der schädigenden Wirkung sind immer die Verhältnisse im Zeitpunkt der Rechtshandlung massgebend.

Das Kriterium, ob eine schädigende Rechtshandlung vorliegt, ist immer der Vergleich der Befriedigungsquote vor und nach der Rechtshandlung unter Berücksichtigung der allenfalls veränderten prozessualen Stellung der Masse und der Zeitdauer, die für die Liquidation notwendig sein wird.

Jedenfalls lässt sich aus der Veränderung von Aktiven, Passiven oder Ueberschuldung für sich allein kein verlässlicher Schluss auf die schädigende Wirkung der Rechtshandlung ziehen.

Umso bedenklicher erscheint es, dass sich die Gerichte - sofern sie sich überhaupt einmal Gedanken über die schädigende Wirkung machen und sie nicht einfach als Tatsache annehmen - durchwegs von solchen unsicheren Kriterien haben leiten lassen.

Wenn man schon Arten von schädigenden Rechtshandlungen aufzählen will, wie dies fast alle Autoren tun, dann muss man diese Arten nach ihrer bilanzmässigen Bedeutung gliedern. Die Beispiele haben gezeigt, dass es nur gerade eine Handvoll verschiedener solcher Arten gibt, denen sich jede mögliche Rechtshandlung unterordnen lässt, und die zugleich auch zeigen, ob die Handlung schädigend ist oder nicht.

14. Kapitel: SchKG-Revision

Das geltende Recht erweckt den Eindruck, es gebe mehrere "Anfechtungen" mit verschiedenen materiellen Voraussetzungen.

Dieser Eindruck entsteht, weil neben der Generalnorm kasuistische Spezialnormen stehen, die nur diejenigen materiellen Elemente aufzählen, die nachgewiesen werden müssen.

Aufbau und Formulierung des SchKG sind zwar gut gemeint, haben sich aber nicht bewährt. Sie haben zu unzähligen Missverständnissen geführt.

Der Vorentwurf ändert an den gerügten Missständen nichts. Die einzige Aenderung, die er im objektiven Tatbestand bringt, ist die leichte Erweiterung der Legitimation im neuen Art. 288 Absatz 2, die meines Erachtens nicht in Art. 288, sondern in Art. 285 gehört. Im übrigen lässt er den Aufbau so missverständlich und unbefriedigend wie er schon immer war.¹⁾

Wenn sich aber schon einmal eine Gelegenheit bietet, etwas nicht nur optisch sondern auch inhaltlich zu verbessern, so sollte diese ergriffen werden.

Für den objektiven Tatbestand heisst das, dass anstelle der Generalnorm und der zwei Spezialnormen nur noch eine einzige Norm steht, die dafür alle objektiven Elemente enthält und insoweit mit den verbreiteten Irrtümern einmal aufräumt.

Dann können die Beweislasten verteilt werden, das heisst, sie können entweder dem Anfechtenden auferlegt werden oder unter gewissen Bedingungen ausdrücklich vermutet werden.

Bei einer solchen Lösung sieht der Leser des Gesetzes auf den ersten Blick, wie das Instrument der Anfechtung aufgebaut ist. Er braucht sich nicht mehr durch angebliche Tatbestandselemente, die in Wirklichkeit gar keine sind, irreführen zu lassen.

1) Gleicher Meinung Schaffhausen in Vernehmlassungsergebnisse S. 752

III. TEIL: DIE RECHTFERTIGUNG DER ANFECHTUNG

15. Kapitel: Die Notwendigkeit der Rechtfertigung

Die Zulässigkeit und Ausgestaltung der Gläubigeranfechtung in den einzelnen Rechtsordnungen hängt immer ab vom Resultat der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Gläubiger einerseits und den Interessen der übrigen Beteiligten und der Verkehrssicherheit anderseits.

Die extremste Lösung zugunsten der Gläubiger ist die, dass jede Handlung eines Schuldners, die sich irgendwie schädigend auf die Gläubiger ausgewirkt hat, anfechtbar ist, das heisst, dass die Erfüllung des objektiven Tatbestandes zur Anfechtbarkeit bereits genügt.

Dies hat zur Folge, dass die Rechtssicherheit stark in Mitleidenschaft gezogen wird.¹⁾

Das andere Extrem ist die gänzliche Unzulässigkeit der Anfechtung, womit die höchstmögliche Rechtssicherheit gewährleistet ist, dies allerdings auf Kosten einzelner oder aller Gläubiger und des Prinzips der gleichmässigen Befriedigung aller Konkursgläubiger.

"Bei der Mannigfaltigkeit der denkbaren Einzelfälle hält es schwer, eine zuverlässige Grenzlinie zwischen den beiden schutzwürdigen Interessen - Schutz der Masse und Schutz des Kreditgeschäftes [der Rechtssicherheit] - zu ziehen."²⁾

"Es darf also nicht nur an das Interesse der benachteiligten Gläubiger gedacht werden. Art. 290 SchKG hebt in seinem Schlusssatz besonders hervor: Die Rechte gutgläubiger Dritter werden durch die Anfechtungsklage nicht berührt. Es darf nicht die Rechtssicherheit gefährdet werden."³⁾

1) Vgl. Amonn S. 419: "Der Vertrauensschutz Dritter im Geschäftsverkehr verlangt eine klare Umschreibung der anfechtbaren Tatbestände."

2) Müller SJZ 1951, S. 233

3) Fritzsche BISchK 1947, S. 134

Die Rechtsordnungen haben seit jeher einen Mittelweg zwischen diesen beiden Extremen gewählt: Sie lassen die Anfechtung zwar zu, aber nicht unbeschränkt, sondern nur dort, wo ihre Wirkungen den Betroffenen, das heisst, dem Schuldner und dem Dritten gegenüber, gerechtfertigt sind. ¹⁾

Die Wirkung einer erfolgreichen Anfechtung für den Schuldner ist immer, dass eine Rechtshandlung, die er zivilrechtlich gültig vorgenommen hat, für das pendente Betreibungs- oder Konkursverfahren als nicht existent betrachtet und rückgängig gemacht wird.

Die grösste Wirkung hat die Anfechtung allerdings für den Dritten. Er muss zulassen, dass seine zivilrechtlich gültig erworbenen Rechte im Verfahren gegen den Schuldner missachtet und zur Verwertung für dessen Gläubiger herangezogen werden.

Dass diese schwerwiegende Wirkung mit ihrer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit dem Dritten nicht ohne weiteres zugemutet werden kann, versteht sich von selbst.

"Der Vertrauensschutz Dritter im Geschäftsverkehrs und die Rechtssicherheit verlangen, dass derartige Eingriffe in Zivilrechtsverhältnisse in klaren und engen Grenzen gehalten werden." ²⁾

"Jedermann soll im voraus wissen, wann und wo er gegebenenfalls die betreibungsrechtliche Anfechtung gewärtigen muss." ³⁾

1) Gaugler S. 109: "Wenn das den Zugriff der Gläubiger verkürzende Begebnis einen anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch erzeugen

... soll, muss sich die Vermögensverschiebung unter bestimmten Begleitumständen abspielen. Diese besonderen Bestimmungen, die eine Rückgewährspflicht allein zumutbar erscheinen lassen..."

Baur/Schönke spricht auf den Seiten 344 und 348 von 'Anfechtungsgrund' und meint damit den Rechtfertigungsgrund.

2) Bankiersvereinigung in Vernehmlassungsergebnisse S. 758

3) Amonn S. 419

16. Kapitel: Der Inhalt der Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner

Die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner, der die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen hat, basiert immer auf dessen mala fides, dem bösen Glauben. Weil er bei der Rechtshandlung bösgläubig war, muss er sich die Anfechtung gefallen lassen.

Ausdruck der schuldnerischen Bösgläubigkeit ist dessen Schädigungsabsicht, die in den Gesetzen genannt ist.

Befassen wir uns zuerst mit der reinen Schädigungsabsicht. Die Absicht bedeutet im strafrechtlichen Sinn einen vom Täter geforderten "Verwirklichungswillen, der sich nicht auf die objektiven Momente des Tatbestandes, sondern auf bestimmte darüber hinausgehende objektive Momente bezieht." ¹⁾ Im gleichen Sinn wird der Begriff der Absicht auch im Anfechtungsrecht verwendet.

Der reine Vorsatz des Täters bezieht sich auf die anfechtbare Handlung, die Absicht darüber hinaus auf den durch die Handlung bewirkten Effekt, die Schädigung der Gläubiger. ²⁾

In Art. 288 SchKG wird der Benachteiligungsabsicht die Begünstigungsabsicht als gleichwertig zur Seite gestellt. Es ist klar, dass die Begünstigungsabsicht für sich allein kein Ausdruck des bösen Glaubens sein kann, weil sie sich auf eine Wohltat richtet.

"Mit der Begünstigungsabsicht braucht nicht die Absicht verbunden zu sein, die andern Gläubiger zu benachteiligen ... Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht sind nicht identisch." ³⁾

1) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, Zürich 1976, S. 40; BGE 74 IV 45

2) "Diese Absicht, wie das Bundesgericht schon mehrfach ausgesprochen hat, liegt nicht nur vor, wenn die Schädigung bzw. Begünstigung geradezu den Zweck des Anfechtungsgeschäftes bildete, sondern sie ist schon anzunehmen, wenn dieser Erfolg als die natürliche Konsequenz der Rechtshandlung vom Schuldner vorausgesetzt werden musste." (Fritzsche S. 285)

3) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 30 N 61

Dem ist insofern zuzustimmen, als sich der Schuldner seiner Ueberschuldung nicht bewusst ist.

Im Strafrecht werden Eventualvorsatz und Eventualabsicht, das heisst, das Wissen und Wollen einer Wirkung, die an sich nicht gewünscht, aber als Nebeneffekt des Endzweckes unabdingbar ist, dem direkten Vorsatz oder der direkten Absicht gleichgestellt.¹⁾

Ebenso verhält es sich mit der Eventualabsicht im Anfechtungsrecht.²⁾

Beabsichtigt der Schuldner eine Begünstigung, erkennt er aber, dass diese Begünstigung notwendigerweise als Kehrseite eine Schädigung enthält, so besteht bezüglich der Schädigung Eventualabsicht, welche der direkten Absicht gleichgestellt ist.³⁾

Zu beachten ist im folgenden die schwankende und widersprüchliche Ausdrucksweise von Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, die zunächst mit dem Gesagten übereinstimmen:

"Die Absicht des Gemeinschuldners, einen seiner Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, ist nur dann als ausgeschlossen anzusehen, wenn der Gemeinschuldner die volle Ueberzeugung hatte, er werde in absehbarer Zeit seine sämtlichen Verbindlichkeiten erfüllen können."⁴⁾

Das blosses Hoffen auf die volle Befriedigung der Gläubiger und das Ausbleiben der Schädigung, also die bewusste Fahrlässigkeit, scheint demnach zum Ausschluss der Anfechtung nicht zu genügen.

1) Hauser/Rehberg S. 40f; BGE 96 IV 99

2) Gaugler S. 124 mit Verweisen, Näf S. 100 (für Art. 214 SchKG) mit Verweis auf Blumenstein

3) "Die Absicht der Begünstigung bzw. Benachteiligung liegt immer dann schon vor, wenn dieser Erfolg nur als die notwendige Folge eines anderen Zweckes vom Willen des Schuldners mitumfasst war. Es genügt also schon das blosses eventuelle Wollen für einen vorausgesehenen Fall." (Jaeger/Daeniker S. 494)

4) § 30 N 59

Unverständlich ist jedoch die nächste Passage in Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck ¹⁾, die dem vorhergesagten diametral entgegenläuft, weil sie nicht nur die bewusste Fahrlässigkeit, sondern darüber hinaus auch noch die Eventualabsicht als nicht zureichend zur Annahme der Bösgläubigkeit betrachtet:

"Bei kongruenter Deckung reicht das Bewusstsein des Schuldners, dass seine Handlung für die übrigen Gläubiger nachteilig sei, regelmässig nicht aus, um die Annahme einer Benachteiligungsabsicht zu rechtfertigen. Näher liegt die Annahme, dass es dem Schuldner auf die Erfüllung seiner Vertragspflicht und nicht auf die Vereitelung der Ansprüche anderer Gläubiger ankam."

Meines Erachtens ist das falsch und zudem widersprechen sich Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck damit selbst. Sobald der Schuldner sich seiner Ueberschuldung bewusst ist, und nicht mehr mit einer Besserung der Lage rechnen kann, weiss er, dass er nicht mehr alle Gläubiger voll decken kann. ²⁾ Ohne bösen Glauben darf er darum ab diesem Zeitpunkt nur noch dem gegenwärtigen Deckungsgrad entsprechende prozentuale Abschlagszahlungen vornehmen. Jede volle (kongruente) Tilgung einer Schuld schädigt zwangsläufig die übrigen Gläubiger.

Gleichermassen ist die eventuale Schädigungsabsicht gegeben, wenn der Schuldner statt einer Begünstigung irgend einen andern Zweck beabsichtigt, aber erkennt, dass die Gläubigerschädigung notwendig damit verbunden ist. ³⁾

1) § 31 N 9

2) Birchler SJZ 1925 S. 3: "Mit Recht hat das Bundesgericht, wie ich oben ausführte, an seiner Praxis festgehalten, dass die Ueberschuldung eine Vorbedingung sei, damit überhaupt von einer Schädigungsabsicht oder Fahrlässigkeit von Seiten des Schuldners die Rede sein könne."

3) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 31 N 7, erneut meiner Ansicht: "Aus dem Bewusstsein der Benachteiligung lässt sich auf die Benachteiligungsabsicht schliessen."

Schwer verständlich sind in diesem Punkt die schwankenden Meinungen vieler Autoren, ¹⁾ die eine Eventualabsicht trotz Kenntnis der Ueberschuldung bestreiten, wenn nicht zugleich die Begünstigungsabsicht vorliegt.

Warum muss der Schuldner derart im Mittelpunkt stehen, wenn er von der Anfechtung als einziger faktisch gar nicht betroffen wird? ²⁾

Ungenügend ist dagegen die bewusste Fahrlässigkeit, das heisst die blossе Vermutung des Schuldners, es könnte eine Schädigung der Gläubiger eintreten, mit dem gleichzeitigen Vertrauen auf das Ausbleiben dieser Schädigung. ³⁾

Die mala fides manifestiert sich letzten Endes also immer in der - allenfalls nur eventualiter vorhandenen - Schädigungsabsicht.

Die Begünstigungsabsicht hat dagegen nur eine untergeordnete Bedeutung. Sie dient nur dem Nachweis der eventuellen Benachteiligungsabsicht.

Für Zürcher gilt der animus fraudandi, das "Erforderniss des Willens, der bösslichen Absicht" ⁴⁾, als "die hauptsächlichste und unerlässlichste Voraussetzung der Anfechtung". ⁵⁾

Wenn ich diese Ansicht auch nicht teilen kann, so zeigt sie doch klar, dass es auf die Schädigungs- und nicht auf die Begünstigungsabsicht ankommt.

Handelt für den Schuldner ein Stellvertreter, so muss sich der Schuldner dessen bösen Glauben auch dann entgegenhalten lassen, wenn er selbst gutgläubig war. ⁶⁾

1) Vgl. Hinderling, ZSR NF 54, S. 240ff, insbesondere S. 245

2) Siehe hinten SchKG-Revision S. 129 ff

3) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck §31 N 8; Birchler SJZ 1925, S. 3

4) S. 7

5) S. 28

6) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 31 N 6: "Beim gewillkürten Stellvertreter kommt, wenn es auch nicht um ein Wissen, sondern um den Willen, die Benachteiligungsabsicht, geht, §166 BGB zur entsprechenden Anwendung."

17. Kapitel: Die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner im schweizerischen Recht

A) Die Rechtfertigung in Art. 288 SchKG

Die Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht ist im SchKG nur in Art. 288 ausdrücklich als Element genannt. Sie ist vom Anfechtenden nachzuweisen, was praktisch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Es kommen fast nur Indizienbeweise in Frage. ¹⁾

"Die Benachteiligungsabsicht ist ein innerer, dem direkten Beweis nicht erschlossener Vorgang. Sie darf als vorhanden angenommen werden, wenn nach den gesamten äusserlich wahrnehmbaren Verumständen jedermann sich vernünftigerweise sagen musste, dass die Handlung seine Gläubiger schädigen oder einige von ihnen zum Nachteil anderer begünstigen werde." ²⁾

B) Die Rechtfertigung in Art. 287 und 286 SchKG

1. Allgemeines

In den Art. 286 und 287 sind die Benachteiligungs- und Begünstigungsabsicht nicht genannt, was zwei Bedeutungen haben kann: Entweder ist die Absicht in diesen Fällen gar nicht erforderlich, oder sie ist zwar erforderlich, ist aber nicht nachzuweisen, weil sie unterstellt wird; darum ist sie in der prozessorientierten Gesetzesformulierung weggelassen.

Ist die erste Variante zutreffend, so bedeutet das, dass auf die Absicht als Element und somit auf die mala fides, welche durch die Absicht manifestiert wird, verzichtet wird.

Wer zu dieser ersten Variante neigt, wird meinen diesbezüglichen Revisionsvorschlägen umso eher zustimmen können. ³⁾

1) Fritzsche S. 286

2) Brand SJK 742, S. 8; BGE 41 III 73 ff; 40 III 391

3) Zu diesem Problem später bei den Revisionsvorschlägen

Meiner Ansicht nach ist jedoch die zweite Variante die richtige:

Die Absicht als Ausdrucksweise der mala fides zur Rechtfertigung der Anfechtungswirkung dem Schuldner gegenüber ist auch in den Fällen der Art. 286 und 287 erforderlich.¹⁾ Sie wird aber gesetzlich vermutet und ist deshalb in den Formulierungen gar nicht enthalten.

Diese Ansicht ergibt sich einerseits aus der bereits dargelegten Systematik der Anfechtung und andererseits auch aus einem Umkehrschluss:

Art. 286 und 287 zählen bestimmte Arten von Rechtshandlungen auf, die jederzeit auch nach Art. 288 angefochten werden können.

Liegt eine Rechtshandlung vor, die nach Art. 286 oder 287 angefochten werden kann, so hängt es einzig vom Zeitverlauf ab, ob nach diesen beiden Artikeln oder nach der Generalnorm von Art. 288 angefochten werden muss. Es ist nun nicht einzusehen, welchen Einfluss dieser Zeitablauf auf die Notwendigkeit einer Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner haben soll.

Wenn die Anfechtung einer Rechtshandlung, die fünf Monate vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurde, einer Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner bedarf, so bedarf die Anfechtung der gleichen Rechtshandlung dieser Rechtfertigung auch noch, wenn bis zur Konkurseröffnung schon sieben Monate verstrichen sind.

1) Amonn S. 419: "Der Vermögensentzug ... innerhalb einer bestimmten Verdacht begründenden Frist ..."

Brand SJK 742, S. 6: "Die unter Art. 287 fallenden Rechtshandlungen sind geeignet, einen wohlbegreiflichen Verdacht zu erwecken, wenn sechs Monate nach Ihrer Vornahme der Schuldner fruchtlos gepfändet wird oder in Konkurs gerät."

Obwohl die Autoren in beiden Fällen aus unerfindlichen Gründen nicht sagen, welchen Verdacht sie damit meinen, ist es klar, dass es sich nur um die Schädigungsabsicht, also um den bösen Glauben, handeln kann.

Die folgenden Behandlungen der Art. 286 und 287 im Hinblick auf die Schädigungsabsicht beweisen, dass diese zweite Variante die richtige ist. Damit werden auch alle diejenigen Autoren widerlegt, welche die Notwendigkeit der Absicht in diesen beiden Artikeln kurzerhand verneinen.

2. Art. 287 SchKG

Art. 287 beschränkt sich bezüglich der Art der Rechtshandlung auf gewisse aussergewöhnliche Tilgungs- und Sicherstellungshandlungen.

Anfechtbar ist die nachträgliche Pfandsicherung einer Forderung, die Zahlung nichtfälliger Schulden und die Tilgung durch aussergewöhnliche Zahlungsmittel.

Bezüglich des Dritten sind in Art. 287 nur bestehende Gläubiger des Schuldners angesprochen und nicht auch Vierte, die vielleicht später einmal Gläubiger werden.

Welchen Grund hat ein überschuldeter Schuldner, der kurz vor dem Konkurs steht, eine nichtfällige Schuld zu begleichen?

Wenn er schon die fälligen Schulden nicht mehr bezahlen kann, wird er umso weniger die nichtfälligen bezahlen. Tut er dies doch, so kann es dafür gar keinen anderen Grund geben, als dass der Schuldner einen Gläubiger begünstigen will, womit er mindestens eventual die Schädigungsabsicht hat.

Aehnlich verhält es sich, wenn der Schuldner nachträglich einen Gläubiger sicherstellt.

Tut er dies, so ist er sich bewusst, dass dieser Gläubiger im Konkursfall überproportional gedeckt wird. Dass die Sicherstellung nachträglich erfolgt, zeigt, dass die Forderung gefährdet scheint.

Der letzte in Art. 287 genannte Fall ist die Tilgung von Schulden durch aussergewöhnliche Mittel. Diese Bestimmung hat den Gerichten schon viel Kopfzerbrechen gemacht. Die Bedeutung liegt auch hier darin, dass einer, der finanziell so schlecht dasteht, dass er Schulden, die er tilgen will, nicht einmal mehr mit Geld oder Verfügung über Kreditmöglichkeiten tilgen kann und stattdessen zu Sachwerten und anderen aussergewöhnlichen Zahlungsmitteln greift, mit Sicherheit über die Insuffizienz seiner Aktiven orientiert ist und darum bei der Tilgung in Schädigungsabsicht handelt.

Von der Tilgung aus gesehen, spielt es aber absolut keine Rolle, ob jemand in dieser Situation durch Bargeld oder aussergewöhnliche Mittel zahlt.¹⁾

Die Begünstigung liegt in jedem Fall in der überproportionalen Deckung des Gläubigers.

Es ist in Art. 287 auch nicht verlangt, dass die getilgte Schuld nicht fällig war. Anfechtbar ist hier die Tilgung einer fälligen Schuld! Das heisst, dass auch die Tilgung fälliger Schulden grundsätzlich anfechtbar ist, dass dies aber im Normalfall über Art. 288 zu geschehen hat,²⁾ weil die Wahrscheinlichkeit der Benachteiligungsabsicht nicht besteht, solange der Schuldner die fälligen Schulden mit üblichen Zahlungsmitteln tilgen kann.

1) Siehe vorne Kapitel über Arten von schädigenden Rechtshandlungen S. 90 ff

2) Gaugler S. 135

Die in Art. 287 angesprochenen Arten von Rechtshandlungen deuten allesamt mit grosser Wahrscheinlichkeit auf die (eventuale) Schädigungsabsicht des Schuldners hin.

In der Literatur ist dies bereits erkannt worden ¹⁾, ohne dass es jedoch zu einer systematischen Einordnung der Anfechtung gekommen wäre.

Das Bundesgericht war in BGE 74 III 60 allerdings anderer Ansicht:

"Freilich sieht Art. 287 SchKG objektive Anfechtungstatbestände vor, bei denen nichts darauf ankommt, ob der Schuldner in der Absicht handle, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne derselben zum Nachteil der andern zu begünstigen."

Es bleibt allerdings eine geringe Wahrscheinlichkeit, dass diese Absicht nicht vorlag. Dies kann dann der Fall sein, wenn sich der Schuldner selbst trotz dem nahen Konkurs seiner Ueberschuldung gar nicht bewusst ist und auch keine Liquiditätsschwierigkeiten hat.

- 1) "Diese missliche Vermögenslage bildet [in Verbindung mit der besonderen Art der Rechtshandlung!] weiter ein Indizium für die Benachteiligungsabsicht; dem Schuldner war seine Schuldenlast jedenfalls bekannt ..." (ZBJV 1933, S. 495)

Die Zahlung nichtfälliger Schulden durch einen überschuldeten, also vermutlich mit Zahlungsschwierigkeiten kämpfenden Schuldner "verrät wohl die Absicht einer unzulässigen Begünstigung des empfangenden Gläubigers." (Fritzsche S. 282)

"Andererseits ist die Zahlungsunfähigkeit regelmässig ein gewichtiges Anzeichen dafür, dass der Schuldner eine die Rechte der Gläubiger beeinträchtigende Rechtshandlung in Benachteiligungsabsicht vorgenommen hat." (Brand SJK 742, S. 7)

"Den grössten Unterschied hat der Gesetzgeber selbst gemacht, indem er gewisse Handlungen mit besonders krassem Benachteiligungscharakter der Anfechtung unterstellt hat." (Hinderling ZSR NF 54, S. 241).

Dieser geringen Wahrscheinlichkeit wird das SchKG gerecht, indem es die Anfechtung nach Art. 287 auf Rechtshandlungen innerhalb der letzten sechs Monate von Pfändung oder Konkurs-eröffnung beschränkt. Für diese kurze Zeitspanne darf fast mit restloser Sicherheit davon ausgegangen werden, dass sich der Schuldner der Insuffizienz seiner Aktiven bewusst ist oder die allfällige Unwissenheit selbst verschuldet.

Die wahre Funktion der Frist ist es also, zusammen mit der besonderen Art der Rechtshandlung, die Vermutung der Benachteiligungsabsicht entstehen zu lassen.

Wegen dieser einleuchtenden Zweckbestimmung der Frist muss diese auch dann als gewahrt gelten, wenn die Pfändung, welche innert sechs Monaten seit der Rechtshandlung vorgenommen wird, wegen anschliessender Konkursöffnung dahinfällt.¹⁾

Dass nämlich eine ungenügende Pfändung stattfand, deutet ebenso auf die Kenntnis des Schuldner von seiner Ueberschuldung hin, wie die Konkursöffnung.

Ebenso rechtfertigt es sich meines Erachtens, statt auf die Konkursöffnung oder erfolglose Pfändung für die Berechnung der Frist auf die Nachlassstundung abzustellen, denn auch die Nachlassstundung lässt vermuten, dass der Schuldner seine Vermögenslage bereits in der Zeit davor kannte.

1) ZR Bd 65, Nr. 138; früher andere Rechtsprechung des Bundesgerichtes in 34 II 85 ff

Unsystematisch ist darum die von der Rechtsprechung ¹⁾ hervorgebrachte Regel, wonach die Zeitdauer der Nachlassstundung bei der Fristberechnung lediglich ausser Betracht fällt. Das bedeutet nämlich, dass die gefährliche Frist vor der Nachlassstundung nicht mehr die vollen sechs Monate beträgt, sondern nur sechs Monate abzüglich die Zeitdauer zwischen dem Ende der Nachlassstundung und der Konkurseröffnung.

Im Resultat zeigt sich eindeutig, dass die Schädigungsabsicht auch in Art. 287 vorliegen muss, und dass sie hier für eine gewisse Zeit vor Konkurseröffnung stillschweigend gesetzlich vermutet wird.

Eine Exculpationsmöglichkeit ist im SchKG nicht vorgesehen, ²⁾ sodass diese Vermutung als unwiderlegbar angesehen werden muss. Wieweit dies allerdings haltbar ist, fragt sich.

Meines Erachtens ist die Zulässigkeit des Gegenbeweises ein Recht, das durch das SchKG nicht beschränkt werden darf.

1) BGE 54 II 23 ; 51 III 13; 48 III 68

2) Der in Art. 287 Abs. 2 vorgesehene Entlastungsbeweis betrifft die subjektive Stellung des Dritten, nicht des Schuldners.

3. Art. 286 SchKG

Art. 286 SchKG beschränkt sich auf Handlungen eines überschuldeten ¹⁾Schuldners mit denen er einen Dritten beschenkt oder für sich selbst Aktiven beiseite schafft, um sie später wieder zur Verfügung zu haben. Was die Kenntnis der Ueberschuldung beim Schuldner selbst anbelangt, gilt das vorstehend zu Art. 287 Gesagte. Für die letzten Monate vor dem Konkurs ist anzunehmen, dass der Schuldner seine Ueberschuldung kannte oder sie zumindest bei der geringsten Aufmerksamkeit kennen würde. Mit der Kenntnis der Ueberschuldung selbst, wusste er auch, dass er nicht mehr alle Gläubiger voll decken konnte. Nahm er in dieser Situation reine oder gemischte Schenkungen vor, so hatte er unzweifelhaft die Begünstigungs- und somit mindestens eventual auch die Schädigungsabsicht, also die für die Rechtfertigung der Anfechtung ihm gegenüber geforderte mala fides. Ebenso liegt die mala fides vor, wenn er sich selbst begünstigte, indem er eine Rente oder dergleichen erwarb. ²⁾

-
- 1) Zur Notwendigkeit der Ueberschuldung auch bei Art. 286 siehe vorne S. 69 ff

Dass die Absicht des Schuldners entgegen der Meinung vieler Autoren eben doch stillschweigendes und gesetzlich unwiderlegbar vermutetes Tatbestandselement ist, scheint auch für Weber/Brüstlein/Reichel S. 417 klar zu sein: "Die Klage aus Art. 286 ist, wie oben gesagt, ohne Mitwissen des Beschenkten von der betrüglichen Absicht des Schuldners [die also vorliegt!] zulässig."

- 2) Gleicher Meinung Fritzsche S. 279

C) Resultat

Nach schweizerischem Anfechtungsrecht ist die mala fides des Schuldners zur Rechtfertigung der Anfechtung ihm gegenüber materiell immer erforderlich. ¹⁾

Prozessual muss sie grundsätzlich ²⁾ vom Anfechtenden nachgewiesen werden, wird aber dann unwiderlegbar ³⁾ zugunsten des Anfechtenden vermutet, wenn sie sich bereits zweifelsfrei aus der Art der Rechtshandlung und der zeitlichen Distanz zwischen der Rechtshandlung und der Konkurseröffnung oder ungenügenden Pfändung ergibt.

Die Frist hat also nur die Aufgabe, im Zusammenhang mit der besonderen Art der Rechtshandlung, die Absicht des Schuldners glaubhaft zu machen.

Dies darf vor allem auch in den laufenden Revisionsbemühungen nicht ausser acht gelassen werden, wo versucht wird, die Fristen der Art. 286 und 287 auf ein ganzes Jahr auszudehnen.

Damit gibt man der Frist einen grundsätzlich anderen Inhalt, weil sich aus praktischer Erfahrung nicht mehr belegen lässt, dass der Schuldner sich seiner Lage in jedem Fall bereits ein ganzes Jahr vor der Konkurseröffnung bewusst war.

-
- 1) Irreführend darum Amonn S. 422: "Das hervorstechendste Merkmal dieses Anfechtungstatbestandes [Art. 288] liegt in der Benachteiligungs- beziehungsweise Begünstigungsabsicht des Schuldners."
 - 2) Nach der Generalnorm von Art. 288
 - 3) Meier S. 52: "Der Gesetzgeber hat daher gewisse Rechtshandlungen, bei denen diese Absicht naheliegt, als anfechtbar erklärt, ohne dass der Anfechtende die genannten Punkte nachweisen muss."

Es fragt sich nun, ob die in den Art. 286 und 287 aufgezählten Rechtshandlungen die einzigen sind, welche die mala fides vermuten lassen, oder ob es nicht noch weitere solche Rechtshandlungen gibt.

Ist dies der Fall, so müsste es dem Richter durch Lückenfüllung möglich sein, die mala fides des Schuldners zu vermuten. Praktisch hat diese Frage jedoch kaum Bedeutung, da die subjektive Seite ohnehin nur durch Indizien nachgewiesen werden kann ¹⁾ und der Richter bereits die besonderen Umstände und die Art der Rechtshandlung als solches Indiz auffassen und den Beweis damit als vom Anfechtenden erbracht betrachten darf.

Die praktische grosse Erkenntnis ist hier in jedem Fall, dass es bezüglich der mala fides des Schuldners, die sich in dessen (eventualer) Schädigungsabsicht spiegelt, keine Unterschiede innerhalb der Anfechtung gibt. Alle drei gesetzlichen Tatbestände sind auch in diesem Falle gleich! ²⁾

Dieses Resultat wurde zwar schon verschiedentlich von Gerichten erkannt ³⁾, es wurde jedoch noch nie so klar und im Zusammenhang mit den drei gesetzlichen Tatbeständen dargestellt.

1) Fritzsche S. 286

2) Vgl. dazu die Ueberschuldung die ebenfalls in jedem Fall vorliegen muss S. 71

3) "Einzig die Beweislast ist im Fall von Art. 288 verschieden von derjenigen im Art. 287." (BG Arlesheim und OG, letzteres durch Urteil vom 19.9.1961, BL 61 S. 46) "Diese Norm [Art. 287] will die Anfechtung gewisser Rechtshandlungen [prozessual] erleichtern." (BGE 85 III 199)

Damit ist gleichzeitig die falsche Aussage von Fritzsche ¹⁾ widerlegt, der schreibt:

"Während die Klagen nach Art. 286 und 287 unter objektiven Voraussetzungen gegeben sind, kommt es bei Art. 288 ... beim Schuldner ... auf subjektive Dinge, nämlich die Schädigungsabsicht ... an."

Es kommt eben auch bei den Rechtshandlungen, die in den Art. 286 und 287 aufgezählt sind, auf die gleiche subjektive Schädigungsabsicht an wie in Art. 288.

Wie viele andere Autoren ²⁾ vermischt auch Fritzsche die materielle Seite mit der prozessualen.

Die Funktion der Nennung einer speziellen Art von Rechtshandlung in Verbindung mit der Frist als unwiderlegbares Indiz für die Absicht muss bei der Beurteilung eines Falles immer im Auge behalten werden. Sonst kann es geschehen, dass beispielsweise ein Zahlungsmittel als unüblich taxiert und die Anfechtung darum zugelassen wird, obwohl aus anderen Gründen bereits klar ist, dass gar keine Absicht vorlag.

So diskutierte das Zürcher Obergericht ³⁾ lang und breit darüber, ob es sich bei der in Frage stehenden Tilgung um eine unübliche gehandelt habe, obwohl es in der Diskussion um die Anwendbarkeit von Art. 288 die Absicht in wenigen Sätzen verneinen konnte.

Dieses Beispiel zeigt, dass auch den Gerichten der Aufbau der Anfechtung und die Bedeutung der einzelnen Elemente vielfach nicht klar ist.

1) S. 283

2) Gaugler S. 109: "... ebensowenig brauchen irgendwelche subjektiven Voraussetzungen erfüllt zu sein."

Gaugler S. 114: "Auf die Absicht des Schuldners ... kommt es nicht an."

v. Overbeck S. 223, Fussnote 2: "Die Voraussetzungen der sogenannten Schenkungspauliana sind rein objektiv aufzufassen, es wird weder die Absicht unentgeltlicher Zuwendung noch die Erkennbarkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung für den andern Teil verlangt, vgl BGE 49 III 27."

3) ZR Bd. 65, Nr. 138

18. Kapitel: Die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner im deutschen Recht

A) Die Rechtfertigung in § 31 Nr. 1 KO und in § 3 Nr. 1 AnfG

Die Generalnormen in der KO und im AnfG enthalten ausdrücklich die Schädigungsabsicht des Schuldners, also dessen bösen Glauben.

Die Begünstigungsabsicht als Indiz für die Schädigungsabsicht ist hier im Gegensatz zu Art. 288 SchKG nicht ausdrücklich genannt, obwohl die Indizwirkung auch für das deutsche Recht unbestritten ist.

"In der Regel ist die Benachteiligungsabsicht schon dann zu bejahen, wenn der Schuldner die Schädigung anderer Gläubiger als notwendige Folge der einem Gläubiger gewährten Befriedigung oder Sicherung vorausgesehen hat." ¹⁾

Dennoch ist die deutsche Fassung strenger als die schweizerische, weil sie aus der Begünstigungsabsicht nicht zwangsläufig die Schädigungsabsicht ableitet ²⁾.

Wie im SchKG fehlt dagegen auch in der KO und im AnfG die unentgeltliche Bereicherung als Rechtfertigungsgrund.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 31 N 7

2) Vgl. Art. 288 SchKG, wo Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht als gleichwertige Alternativen genannt sind.

B) Die Rechtfertigung in § 31 Nr. 2 KO und in § 3 Nr. 2 AnfG

Diese Bestimmungen beschränken sich bezüglich der Art der Rechtshandlung auf Verträge mit nahen Verwandten innerhalb der letzten 12 Monate vor Konkurseröffnung oder ungenügender Pfändung.

Der böse Glaube des Schuldners wird in diesen Bestimmungen zwar ausdrücklich vorausgesetzt, muss aber nicht nachgewiesen werden, was zusammen mit dem Fehlen einer Exculpationsmöglichkeit bedeutet, dass er unwiderlegbar vermutet wird.

"Für die Gläubigerbenachteiligungsabsicht besteht in diesen Fällen eine gesetzliche Vermutung." ¹⁾

Zwar kann dieser böse Glaube des Schuldners durch den Dritten widerlegt werden mit dem Ziel, die darauf abstützende Kenntnis des Dritten von der Schädigungsabsicht zu widerlegen.

In diesem Fall aber ist die Anfechtung nur deshalb ausgeschlossen, weil sie dem Dritten gegenüber nicht gerechtfertigt ist. Dem Schuldner gegenüber muss sie aus der Absichtsvermutung heraus immer als gerechtfertigt angesehen werden.

Wie ich bereits früher dargestellt habe, lässt sich die Vermutung der schuldnerischen Absicht zwar für die letzten sechs Monate vor Konkurs rechtfertigen, jedoch nicht mehr für die letzten zwölf Monate, weil für die solange zurückliegende Zeit keine überwiegende Wahrscheinlichkeit mehr besteht, dass der Schuldner seine Lage gekannt hat und deshalb noch etwas manipulieren wollte. Der böse Glaube darf also hier zumindest nicht unwiderlegbar vermutet werden.

Wird dies im geltenden Recht trotzdem getan, so bedeutet das für alle Fälle, in denen die Bösgläubigkeit nicht vorgelegen hat, dass materiell auf eine Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner verzichtet wird. Das ist meines Erachtens ein eindeutiger Einbruch in die Einheitlichkeit der Anfechtung.

1) Böhle-Stamschräder/Kilger § 31 N 9

Warum muss der böse Glaube vorliegen, wenn ein Vertrag dreizehn Monate vor Konkurseröffnung abgeschlossen wurde und deshalb nach § 31 Nr. 1 angefochten wird, dagegen nicht mehr unbedingt, wenn der Vertrag elf Monate vor Konkurseröffnung abgeschlossen wurde?

Meines Erachtens gibt es auf diese Frage keine befriedigende Antwort.

Andererseits ist die Tatsache, dass die Anfechtung zum Teil auch ohne Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner als zulässig erscheint, eine erhebliche Stütze meiner Ansicht, die ich im Kapitel über die Revisionsvorschläge vertrete.

Seltsam mutet dagegen die folgende Passage in Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck an: ¹⁾

"Des Beweises der Nichtkenntnis einer Benachteiligungsabsicht [=Entlastungsbeweis des Dritten!] bedarf es dann nicht mehr, wenn als bewiesen anzusehen ist, der Gemeinschuldner habe nicht in Benachteiligungsabsicht gehandelt."

Damit wird dem Richter ein Ermessensspielraum gegeben, der eindeutig über den Wortlaut der Gesetze hinausgeht. Faktisch bedeutet das nämlich, dass der Richter aufgrund der Rechts-handlung und der Umstände entscheiden kann, ob die Bösgläubigkeit des Schuldners vermutet werden dürfe oder nicht. Wenn er dann zum Schluss kommt, dies sei zulässig, so fehlt aber eine Möglichkeit, dass sich der Schuldner selbst exculpieren könnte.

1) § 31 N 31

C) Die Rechtfertigung in § 32 KO und in § 3 Nr. 3 und 4 AnfG

Im Gegensatz zu Art. 286 SchKG betragen hier die Fristen für unentgeltliche Verfügungen, die einzig den Zweck haben, die Wahrscheinlichkeit der Schädigungsabsicht nachzuweisen, zwölf und vierundzwanzig Monate.

Dies bedeutet wiederum, dass der materielle Verzicht auf eine Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner in Kauf genommen wird.

Gegenüber der Systematik, die der Anfechtung zugrunde liegt, ist diese Objektivierung ein eindeutiger Systemfehler.

D) Die Rechtfertigung in § 30 KO

§ 30 betrifft Rechtshandlungen, die kurz vor oder nach Zahlungseinstellung oder kurz vor Konkurseröffnung vorgenommen wurden, zu einer Zeit also, wo der Schuldner seine eigene Ueberschuldung mit Sicherheit kannte. Nahm er in dieser Zeit noch gläubigerschädigende Rechtshandlungen vor, so ist der böse Glaube augenscheinlich. Er wird hier mangels einer anderslautenden Bestimmung zurecht unwiderlegbar vermutet.

E) Die Rechtfertigung in § 32a KO und in § 3b AnfG

§ 32a KO betrifft die Sicherstellung und Tilgung von Gesellschafterdarlehen, die wirtschaftlich Eigenkapital sind. Solche Geschäfte laufen faktisch auf eine Kapitalrückzahlung heraus, die zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zulässig wäre. Bei solchen Rechtshandlungen liegt die Vermutung nahe, dass sich die Gesellschafter, die zugleich Gläubiger der Gesellschaft sind, sich dank ihres Insiderwissens zulasten der übrigen Gläubiger sicherstellen wollten.

Auch hier wird der böse Glaube darum zurecht unwiderlegbar vermutet.

F) Resultat

Der böse Glaube des Schuldners muss diesen gegenüber grundsätzlich auch im deutschen Anfechtungsrecht als Rechtfertigungsgrund vorliegen. Irreführend sind darum Mentzel/ Kuhn/ Uhlenbruck: ¹⁾

"Die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, bildet die Grundlage der Anfechtung aus § 31."

Zum ersten bildet die schädigende Wirkung der Rechtshandlung und nicht die Bösgläubigkeit des Schuldners die Grundlage zur Anfechtung, zum zweiten muss die schuldnerische Absicht nicht nur in § 31 sondern auch in allen anderen Bestimmungen gegeben sein.

Faktisch wird dieses Prinzip jedoch durchbrochen. Die unwiderlegbare Vermutung der Bösgläubigkeit ist in einzelnen Fällen nicht gerechtfertigt, weil es bei länger zurückliegenden Rechtshandlungen sehr wohl sein kann, dass sich der Schuldner seiner Ueberschuldung und damit der schädigenden Wirkung seiner Rechtshandlung gar nicht bewusst war und nicht bewusst sein musste.

Entstanden sind diese Missverhältnisse dadurch, dass die Fristen, welche zusammen mit der besonderen Art der Rechtshandlung die Bösgläubigkeitsvermutung entstehen lassen können, zu lang sind.

Im schweizerischen Recht sind diese Fristen bislang noch im vertretbaren Rahmen, die Expertenkommission schlug jedoch in Unkenntnis der wahren Natur dieser Fristen eine Verlängerung vor, welche eben die im deutschen Recht gerügten Mängel zur Folge hätte.

1) § 31 N 7

19. Kapitel: Einzelfragen zur Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner im schweizerischen Recht

1. Die Benachteiligungsabsicht muss beim Schuldner, der die anfechtbare Rechtshandlung vornimmt, vorliegen. Nimmt ein Vertreter des Schuldners die Rechtshandlung vor, so ist dessen Absicht, die sich der Schuldner zurechnen lassen muss, massgebend ¹⁾.

2. "Die Benachteiligungsabsicht muss nicht gerade im Bezug auf den klagenden Gläubiger vorgelegen haben, sondern es genügt schon die Benachteiligungsabsicht im Allgemeinen." ²⁾

Dieser Punkt deckt sich damit, dass jeder Konkursgläubiger zur Anfechtung jeder Rechtshandlung berechtigt ist, auch zu derjenigen, die vorgenommen wurde, bevor er überhaupt Gläubiger war, und die darum auf seine eigentliche Stellung auch nie schädigend gewirkt hatte.

3. Die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner ist nur dort notwendig, wo die angefochtene Rechtshandlung auch von diesem vorgenommen wurde. Andernfalls hatte er nämlich schon früher keinen Einfluss darauf und somit auch keinen Rechtfertigungsanspruch.

1) Blumenstein S. 890

2) ZBJV 1933 S. 493

20. Kapitel: SchKG-Revision

Wie sich gezeigt hat, bringt das Element der Schädigungsabsicht etwelche praktischen Probleme:

Die Absicht wird in den Art. 286 und 287 nicht ausdrücklich verlangt, obwohl sie materiell erforderlich ist. Sie wird nicht einmal ausdrücklich sondern nur stillschweigend gesetzlich vermutet. Das bewirkte, dass die Rechtsanwender nichtsahnend davon ausgingen, dass die Absicht auch materiell nicht nötig sei, was zu falschen Meinungen und unnötigen gerichtlichen Diskussionen geführt hat.

Ueberdies werden die Schädigungs- und die Begünstigungsabsicht einander in Art. 288, dem einzigen Artikel, in dem sie überhaupt genannt sind, als gleichwertig gegenübergestellt, obwohl sie dies keineswegs sind. Die Begünstigungsabsicht ist immer nur ein Unterfall der Schädigungsabsicht, das heisst, sie ist ein Indiz für die (eventuale) Schädigungsabsicht.

Zu diesen Mängeln, die durch eine bessere Formulierung behoben werden könnten, gesellt sich ein tiefergehendes Problem:

Wie ich bereits im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen Dritter ausgeführt habe, muss die Anfechtung als Schutzbehelf für die Gläubiger nach deren Bedürfnissen ausgerichtet sein ¹⁾, und darf auf die Interessen des Schuldners sowie des Dritten und Unbeteiligter nur insoweit Rücksicht nehmen, als diese besonders schutzwürdig sind.

1) Gaugler S. 15: "Schon früh ... machte sich gebieterisch das Bedürfnis geltend, die Gläubiger gegen ... Benachteiligungsakte des Schuldners zu schützen."

Brand SJK 742 S. 2: "Der Grundgedanke der Anfechtungsklage, den Gläubiger vor Benachteiligung zu schützen ..."

Bedenklich ist darum Hinderling ¹⁾:

"Wenn bei ihm [dem Schuldner] das Bewusstsein der Pflichtmässigkeit [gegenüber demjenigen der Begünstigung] überwog, hat die Rechtsordnung keinen Anlass, einzuschreiten."

Wenn nun die Anfechtung auf diejenigen Rechtshandlungen beschränkt ist, die der Schuldner in Schädigungsabsicht vorgenommen hat, so ist das für die Gläubiger eine Einschränkung ihrer Möglichkeiten.

Ungenau ist hier die Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 ²⁾:

"... so erfordert die Gerechtigkeit anderseits wirksamen Schutz des Gläubigers gegen die Beeinträchtigung seiner Rechte durch einen bösgläubigen Schuldner."

Das Schutzbedürfnis des Gläubigers besteht genauso vor schädigenden Handlungen eines gutgläubigen Schuldners.

Für den geschädigten Gläubiger spielt es überhaupt keine Rolle, ob der Schuldner gut- oder bösgläubig war.

Wenn das Gesetz die Anfechtung trotzdem auf die Rechtshandlungen eines bösgläubigen Schuldners beschränkt und damit einen gutgläubigen Schuldner vor der Anfechtung seiner Rechtshandlungen schützt, so braucht es dazu ein besonders schützenswertes Interesse des Schuldners.

Wie ich schon bei der Besprechung der Rechtshandlung darge-
tan habe, scheint es mir bedenklich, die Regelung der Anfechtung zu stark am Schuldner zu orientieren. Der Schuldner ist nämlich der einzige, der vom Erfolg oder Misserfolg der Anfechtung in aller Regel faktisch gar nicht betroffen ist.

1) ZSR NF 54, S. 243

2) S. 86, zitiert in Fritzsche S. 275

Dies ergibt sich schon daraus, dass das angefochtene Geschäft zivilrechtlich nicht verändert wird, sondern dass der Dritte lediglich die Vollstreckung in sein Recht gewähren muss, genau gleich, wie es der Drittpfand Eigentümer tun muss.

Betroffen von der Anfechtung sind in erster Linie die Gläubiger und der Dritte, der zur 'Rückerstattung' verpflichtet ist.

Die einzige Folge, welche eine erfolgreiche Anfechtung auf den in Konkurs gefallenen Schuldner hat, ist die, dass die seiner Verfügbarkeit ohnehin entzogene Aktivmasse oder der Kollokationsplan, auf den er ebenfalls keinen Einfluss hat, verändert wird.

Erfolgt die Anfechtung aufgrund eines Pfändungsverlustscheines, so ist die Wirkung die, dass die Zahlung oder der Gegenstand, der anfechtbar auf den Dritten übergegangen ist, nunmehr zur Verwertung herangezogen wird und der Erlös auf den Gläubiger übergeht.

Mit dieser Ansicht wende ich mich von der traditionellen Auffassung der Anfechtung ab, die den Grund für die Anfechtung nicht in der Schädigung der Gläubiger, sondern im bösen Glauben des Schuldners erblickt. Diese alte Ansicht, die am deutlichsten bei Zürcher ¹⁾ zum Ausdruck kommt, geht unzweifelhaft von einer pönalen Funktion der Anfechtung aus. ²⁾

Der bösgläubige Schuldner soll für seine ungebührlichen Rechtshandlungen damit bestraft werden, dass diese für das Zwangsvollstreckungsverfahren ungültig erklärt werden.

Eine solche Anschauung mag historisch begründet und gerechtfertigt sein, sie ist es aber nach heutigen Anschauungen und vor allem im heutigen komplexen Wirtschaftsleben sicher nicht mehr. Vor allem ist die Abstützung auf den bösen Glauben des Schuldners kein geeignetes Präventivmittel, diesen von solchen Handlungen abzuhalten.

1) S. 28

2) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 29 N 13: "Ein Rechtsgeschäft, das in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung geschlossen und deshalb anfechtbar ist ..."

Es scheint mir eindeutig an der Zeit, in diesem Punkt von der überlieferten und überholten Anschauung abzugehen und dem Anfechtungsrecht eine dem heutigen Wirtschaftsleben und der heutigen Rechtsrealität angepasste Auffassung zugrunde zu legen.

"Angesichts der einhelligen Stossrichtung aller Reformvorschläge heute wirkt es nahezu antiquiert, im Prinzip an den subjektiven Voraussetzungen der besonderen Konkursanfechtung festhalten zu wollen." ¹⁾

Konkret heisst das, dass grundsätzlich auf die Bösgläubigkeit des Schuldners als materielles Element zu verzichten ist, weil der Schuldner gar kein schützenswertes Interesse hat, das der Anfechtung entgegensteht, und weil die Anfechtung deshalb ihm gegenüber auch keiner besonderen Rechtfertigung bedarf.

Dass grundsätzlich auf die Rechtfertigung der Anfechtung gegenüber dem Schuldner verzichtet werden kann, muss zwangsläufig auf die Zustimmung all derjenigen stossen, die mit meinen bisherigen Ausführungen zu diesem Thema nicht einverstanden sind und das Element der Bösgläubigkeit schon jetzt als teilweise nicht vorhanden erachten.

Aber auch wer meiner Ansicht folgt, kann dieser Aenderung zustimmen:

Zum ersten ist sie mindestens in einigen Paragraphen des deutschen Rechts bereits Realität, und zum zweiten ist die Wirkung die eine erfolgreiche Anfechtung auf den Schuldner allenfalls hat, im Verhältnis zu den Wirkungen, welche die schädigende Rechtshandlung auf die Gläubiger hat, so minim, dass sie vernachlässigt werden kann.

Entsprechend wurde auch bereits in der Expertenkommission die Frage der Objektivierung diskutiert.

1) Gerhardt in 'Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung', S. 130

Wenn auf den bösen Glauben des Schuldners verzichtet wird, so hat dies mehrere Folgen:

- Die geschädigten Gläubiger werden besser gestellt, weil sie nun auch diejenigen Handlungen anfechten können, durch die sie im guten Glauben des Schuldners geschädigt wurden.

Beispiel: Die Erfahrung zeigt, dass es vorallem in Kleinbetrieben, die einen grossen Anteil aller Konkurse ausmachen, oftmals vorkommt, dass der Inhaber seine Ueberschuldung erst sehr spät bemerkt. Zahlt ein solcher Schuldner einen Gläubiger auf dessen Drängen ¹⁾, ohne überhaupt daran zu denken, er könnte überschuldet und die Gläubiger gefährdet sein, so ist diese Tilgung nach geltendem Recht nicht anfechtbar, weil es am bösen Glauben des Schuldners fehlt.

Auch wenn es in diesem Fall noch zweifelhaft wäre, ob der Schuldner seine Ueberschuldung kannte und damit bösgläubig war, so hat der Anfechtende dies gemäss Art. 288 nachzuweisen, was in Grenzfällen fast unmöglich ist. Erst wenn sich der Schuldner seiner Lage bewusst ist oder sein muss, kann er bösgläubig sein.

- Durch den Verzicht auf die Absicht des Schuldners als Element der Anfechtung, wird der Gläubiger eines Beweispunktes enthoben, der wie oben dargestellt nicht mehr zeitgemäss ist und einen grossen Teil am schlechten Ruf und dem faktischen Ungenügen der unberechenbaren Anfechtung hat.

1) Was auch bei Fälligkeit der Forderung eine schädigende Rechtshandlung ist!

- Durch den Verzicht auf die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner verlieren auch die Fristen ihre Bedeutung. Es erübrigt sich somit, über diesen bisher ohnehin nur falsch verstandenen Punkt zu diskutieren.
- Für die Rechtsanwender, Anwälte, Richter, aber auch die Kommentatoren wird die Anfechtung leichter zu verstehen und zu handhaben sein. Kostspielige und zeitraubende Untersuchungen, Plädoyers und Beratungen werden wesentlich abgekürzt und die Rechtssicherheit bezüglich der Anfechtung wird erheblich steigen.
- Verzichtet man also vollständig auf das Element der Schädigungsabsicht, so muss bei der Rechtfertigung gegenüber dem Dritten, wo auf diese Absicht abgestützt wird, ebenfalls eine Anpassung erfolgen. Die nachfolgende Behandlung wird zeigen, dass die dazu nötige Anpassung ohnehin auch aus anderen Gründen längst fällig und wünschbar ist.

21. Kapitel: Der Inhalt der Rechtfertigung gegenüber dem Dritten

A) Allgemeines

Das Anfechtungsrecht befasst sich seit jeher mit der Rechtfertigung der Anfechtung dem Dritten gegenüber.

Zwei mögliche Rechtfertigungsgründe haben sich dabei schon im römischen Recht herauskristallisiert:

Der eine ist die Bösgläubigkeit des Dritten, der andere dessen unentgeltliche Bereicherung.

Die Notwendigkeit der Rechtfertigung hat ihren Ursprung im Erfordernis der Rechtssicherheit, wie ich schon mehrfach dargelegt habe. Jedermann soll zum voraus wissen, wann er allenfalls mit einer Anfechtung zu rechnen hat.

Eine Rechtfertigung der Anfechtung braucht es aber grundsätzlich nur dort, wo die erfolgreiche Anfechtung für den Betroffenen nachteilige Wirkungen hat.

Wenn dies auch der Normalfall ist, denken wir etwa an Verträge, Schuldentilgungen und Schenkungen, so gibt es doch Fälle, wo der Dritte zwar Anfechtungsgegner ist, von der Anfechtung wirtschaftlich aber gar nicht betroffen wird.

Ein illustratives Beispiel dafür ist der Verzicht des Gemeinschuldners auf ein ihm zustehendes Pfandrecht an Eigentum des Drittschuldners.

Dieser Verzicht ist keine Schenkung, der Drittschuldner ist nicht bereichert, weil seine Schuld immer noch besteht. Hingegen handelt es sich hier um eine typische unentgeltliche Verfügung, welche sich auf den Gemeinschuldner bzw. dessen Gläubiger schädigend auswirken kann, wenn der Drittschuldner selbst nicht mehr solvent ist.

Wird dieser Verzicht erfolgreich angefochten, so lebt das Pfandrecht wieder auf.

Dritter oder Anfechtungsgegner ist in diesem Fall der Eigentümer der Pfandsache, nach Voraussetzung also der Drittschuldner selbst.

Für diesen spielt es aber keine grosse Rolle, ob das Pfandrecht besteht - sofern es an einer Sache besteht, die er nicht veräussern will.

Auswirkungen hat das Pfandrecht lediglich auf die Gläubiger des Drittschuldners, auf deren Befriedigungsquoten.

Der Dritte als Drittschuldner und Pfandeigentümer befindet sich in diesem Fall in der gleichen Lage, wie der Gemeinschaftschuldner selbst.

Zwar greift die Anfechtung in seine Rechte ein, wirtschaftlich ist er aber davon nicht betroffen.

Meines Erachtens ist die Rechtfertigung dem Dritten gegenüber in diesem Fall genauso entbehrlich, wie sie es dem Schuldner gegenüber ist.

Die Rechtfertigung braucht es nur dort, wo der Dritte selbst wirtschaftlich von der Anfechtung betroffen ist. Nur auf diese Fälle beziehen sich darum die nachfolgenden Ausführungen.

Ich behandle im folgenden die beiden bekannten Rechtfertigungsgründe zuerst im allgemeinen und gehe nachher auf die schweizerische und deutsche Lösung ein.

B) Die Bösgläubigkeit als Rechtfertigungsgrund

Der gute Glaube hat in unseren Rechtsordnungen schon fast symbolische Bedeutung erlangt. Der Gutgläubige wird geschützt, wogegen dem Bösgläubigen der Rechtsschutz versagt wird.

Worin liegt nun die Bösgläubigkeit beim Dritten, dem Gegner der anfechtbaren Handlung?

Drei Möglichkeiten sind denkbar:

Erstens ist der Dritte bösgläubig, wenn er selbst die Schädigungsabsicht hat und der schuldnerischen Rechtshandlung aus diesem Grund zustimmt.

Zweitens ist der Dritte bösgläubig, wenn er zwar selbst keine Schädigungsabsicht hat, aber von der entsprechenden Absicht beim Schuldner Kenntnis hat.

Drittens ist der Dritte bösgläubig, wenn zwar weder er selbst noch der Schuldner die Schädigungsabsicht haben, er aber weiss, dass die Rechtshandlung eine Schädigung zur Folge hat.

Die Bösgläubigkeit ist in allen drei Fällen gegeben. Sie bezieht sich auf die schädigende Wirkung und nicht auf die Absicht.

Sie entspringt der Zustimmung zu einer Rechtshandlung, die sich bekanntermassen nachteilig auf die Gläubiger auswirkt.

Ob der Dritte dieses Folge direkt beabsichtigt, oder ob er sie einfach in Kauf nimmt, ob also Absicht oder Eventualabsicht vorliegt, spielt für die Bösgläubigkeit keine Rolle. Sie ist so oder so gegeben.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Dritte selbst, ein Vierter oder gar niemand durch die Rechtshandlung bereichert wurde.

Die praktischen Schwierigkeiten, die sich im Verständnis der gesetzlichen Regelungen ergeben, rühren von der unnötig komplizierten Normierung her.

Statt einfach auf die Bösgläubigkeit des Dritten abzustützen - welchen Inhaltes sie auch sei - haben die Gesetzgeber einen der drei skizzierten Fälle herausgegriffen und diesen statt den Grundsatz zum Tatbestandselement gemacht.

Statt dass es heisst:

'Der bösgläubige Dritte muss die Anfechtung gegen sich gelten lassen', was der Sinn der Norm ist, heisst es unklarer:

'Wer die Benachteiligungsabsicht des Schuldners kannte, muss die Anfechtung gegen sich gelten lassen.'

Anstelle des klaren Grundsatzes wird einer von mehreren möglichen Anwendungsfällen normiert, was zur Folge hat, dass erstens der dahinterstehende Grundsatz nicht mehr ersichtlich ist, und zweitens die anderen möglichen Anwendungsfälle des Grundsatzes ausgeschlossen scheinen.

So muss sich nach der obigen schlechten Formulierung der Dritte, obwohl er die Schädigung erkannte, die Anfechtung nicht gefallen lassen, wenn er die schuldnerische Absicht nicht erkennen konnte - sogar dann nicht, wenn er, der Dritte, selbst unmittelbar die Schädigungsabsicht hatte.

Ein solches Resultat ist paradox.

Wo darum auf den bösen Glauben des Dritten als Rechtfertigungsgrund abgestützt wird, darf es keine Beschränkung auf einzelne Anwendungsfälle des bösen Glaubens geben, ohne dass die Rechtsgleichheit verletzt wird. ¹⁾

Die folgende Behandlung wird zeigen, wie ungenügend die Formulierungen des schweizerischen und deutschen Anfechtungsrechtes auch unter diesem Gesichtspunkt sind.

- 1) Faktisch ist dieses Erfordernis durch die Rechtsprechung bereits erfüllt worden, siehe Gaugler S. 136: "Nachdem aber die juristische Position des Klägers bereits dadurch eine wesentliche Verbesserung erfuhr, dass die Rechtsprechung nicht mehr erst bei der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht des Schuldners, sondern schon bei Erkennbarkeit der schädigenden Wirkung die Anfechtung gutheisst ..."

Vgl. auch Fenkart S. 425

Von der Bösgläubigkeit, die sich auf das klare Bewusstsein der schädigenden Wirkung bezieht, ist die bewusste Fahrlässigkeit des Dritten zu unterscheiden.

Diese liegt dann vor, wenn der Dritte zwar die Möglichkeit der Schädigung erkennt, jedoch auf deren Ausbleiben vertraut.

C) Die unentgeltliche Bereicherung als Rechtfertigungsgrund

Die meisten früheren Kodifikationen enthielten neben der Bösgläubigkeit einen zweiten Rechtfertigungsgrund gegenüber dem Dritten:

Der Dritte, der durch die Rechtshandlung unentgeltlich bereichert war, musste sich die Anfechtung auch dann gefallen lassen, wenn er gutgläubig war.¹⁾

"Die rechtspolitische Rechtfertigung der Bestimmung in Art. 286 liegt darin, dass die Billigkeit es erfordere, dass derjenige, der einen unentgeltlichen Erwerb gemacht habe, demjenigen weichen müsse, der dadurch in seinen mittels Entgelt erworbenen Rechten geschädigt worden sei"²⁾

Die einzige Einschränkung bei diesem Rechtfertigungsgrund liegt in der Bemessung der Rückerstattung. Diese darf nie grösser sein als die im Zeitpunkt der Kenntnis der Anfechtbarkeit noch vorhandene Bereicherung.³⁾

1) Privatrechtliches Gesetzbuch des Kantons Zürich § 1019: "Schenkungen ... können auch dann ... angefochten werden, wenn derselbe [Dritte] von jener Absicht des Schuldners nichts gewusst hat." (Zürcher S. 48)

Brand ASchK 1902, S. 33

2) Hangartner S. 55

3) Weber/Brüstlein/Reichel S. 417

D) Weitere Rechtfertigungsgründe

Die Bösgläubigkeit und die unentgeltliche Bereicherung, die beide schon im römischen Recht bekannt waren, sind zwangsläufig die einzigen möglichen Rechtfertigungsgründe gegenüber dem Dritten, denn wo beide nicht vorliegen, geht es immer um einen gutgläubigen, nicht unentgeltlich bereicherten Dritten dem die Anfechtung nie zugemutet werden darf.

22. Kapitel: Die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten im schweizerischen Recht

A) Die Rechtfertigung in Art. 288

1. Die Bösgläubigkeit

Art. 288 SchKG enthält als einziger deutlich erkennbar eine Rechtfertigung der Anfechtung gegenüber dem Dritten. Er spricht von der 'Erkennbarkeit der schuldnerischen Absicht für den Dritten'.

Angesprochen ist hier der Rechtfertigungsgrund der Bösgläubigkeit.

Wenn die schuldnerische Absicht dem Dritten erkennbar war so musste sich dieser auch Gedanken über die schädigende Folge der Rechtshandlung machen.

Wie ich bereits ausgeführt habe, braucht es zur Bösgläubigkeit des Dritten nicht dessen Schädigungsabsicht, es genügt schon die Erkennbarkeit der schuldnerischen Absicht oder die Kenntnis der schädigenden Wirkung ¹⁾ weil sich die Bösgläubigkeit objektiv auf die Schädigung selbst bezieht.

Die Erkennbarkeit oder Kenntnis der Schädigungsabsicht ist also nicht aus sich selbst heraus ein Rechtfertigungsgrund, sondern sie ist nur einer der möglichen Anwendungsfälle der Bösgläubigkeit. Die Bösgläubigkeit erst rechtfertigt die Anfechtung.

1) Hangartner S. 38

Die Erkennbarkeit der schädigenden Wirkung umfasst neben der effektiven Kenntnis auch die schuldhafte Unkenntnis.

Diese liegt dann vor, wenn der Dritte eine Vorsichtspflicht, die zur Kenntnis geführt hätte, vernachlässigt hat.

Die Frage nach der Schuldhaftigkeit der Unkenntnis ist darum zugleich immer die Frage nach den Anforderungen an die Vorsichtspflicht.

Die Gerichtspraxis hat sich eingehend mit dieser Detailfrage beschäftigt und die folgenden Definitionen hervorgebracht:

"Die Anforderungen an die Vorsichtspflicht des Begünstigten dürfen nicht besonders hoch gespannt werden. Der normale Geschäftsverkehr müsste gelähmt werden, wollte man den Beteiligten zumuten, vor jedem für sie günstigen Geschäft alle erdenklichen Erkundigungen einzuziehen und besondere Sicherungsvorkehren gegen eine Benachteiligung unbekannter Gläubiger der Gegenpartei zu treffen." ¹⁾

"Erkennbarkeit ist nach der Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn der Begünstigte bei Anwendung der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Benachteiligung der übrigen Gläubiger als natürliche Folge der betreffenden Rechts-handlung hätte voraussehen können (BGE 89 III 50, 83 III 86 E. 3b mit Hinweisen, Jaeger N 5 und 6 zu SchKG Art. 288). Liegen Anzeichen für eine Benachteiligung vor, so hat der Begünstigte den Schuldner zu befragen und die notwendigen Erkundigungen einzuziehen." ²⁾

1) Appellationsgericht Basel Stadt 14.6.1957; BJM 1957 S. 226

2) BGE 99 III 91 f

Dass die Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Begünstigten nicht in jedem Fall gleich sind, sondern je nach Art der in Frage stehenden Rechtshandlung variieren, zeigt ein weiterer Entscheid:

"Besteht jedoch die angefochtene Rechtshandlung in einer Pfandbestellung, die von Anfang an verabredet war, so ist die erforderliche Aufmerksamkeit nach einem milderen Massstab zu beurteilen als gewöhnlich (BGE 62 III 65). In einem solchen Fall hat ein Gläubiger in der Regel weniger Anlass, sich zu fragen, ob sich die Rechtshandlung zum Nachteil der übrigen Gläubiger auswirken könnte; er darf sich vielmehr zunächst an das ihm vom Schuldner gegebene Sicherstellungsversprechen halten und braucht sich nur dann Gedanken über eine allfällige Schädigung der anderen Gläubiger zu machen, wenn die schlechte finanzielle Lage des Schuldners offensichtlich ist. Den Gläubiger trifft in solchen Fällen eine weniger weitgehende Pflicht, Erkundigungen über den Schuldner einzuholen, bevor er die Aushändigung des versprochenen Pfandes verlangen darf." ¹⁾

Die schuldnerische Absicht muss dem Dritten selbst, also dem Gegner der anfechtbaren Rechtshandlung, erkennbar gewesen sein. Es genügt nicht, wenn sie irgend einem Vierten, dem Treuhänder, Ehegatten oder Nachbarn des Dritten bekannt war, ausser dieser ist Stellvertreter des Schuldners und der Schuldner muss sich dessen Wissen anrechnen lassen. ²⁾

1) 89 III 92

2) Hangartner S. 37 mit Verweisen: "Die Erkennbarkeit auf Seiten des Vertreters des andern Teils hat rechtliche Wirkungen auch gegenüber dem Vertretenen."

Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 30 N 30: "Hat für den Anfechtungsgegner ein Stellvertreter gehandelt, so finden hinsichtlich der Kenntnis von Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag die Grundsätze des §166 Abs. 1 BGB Anwendung. Es kommt daher auf die Kenntnis des Vertreters und nicht des Vertretenen an."

Ist der Gegner eine Personengemeinschaft oder juristische Person ¹⁾, so spielen die bekannten Zurechnungsmechanismen.

Massgebend ist die Erkennbarkeit im Zeitpunkt der Rechtshandlung. Wird die Absicht erst nach abgeschlossener Rechtshandlung dem Dritten erkennbar, so ist die Anfechtung nicht mehr zulässig.

Wäre dies nicht so, so gäbe es gar keine Rechtfertigung gegenüber dem Dritten, denn er erfährt auf jeden Fall irgendwann von der Anfechtbarkeit, spätestens bei der Klageerhebung oder Einrede.

2. Die unentgeltliche Bereicherung in Art. 288 SchKG

Wie steht es nun mit dem zweiten Rechtfertigungsgrund, der unentgeltlichen Bereicherung, in der Generalnorm Art. 288?

Daraus, dass alle Arten von Rechtshandlungen, auch diejenigen des Art. 286 nach der Generalnorm von Art. 288 angefochten werden können, ergibt sich zwangsläufig, dass die unentgeltliche Bereicherung auch in Art. 288 alternativ zur Bösgläubigkeit als Rechtfertigungsgrund vorhanden sein müsste.

Es fragt sich einzig, ob der Anfechtungsgrund der unentgeltlichen Bereicherung einer zeitlichen Beschränkung unterliegt, ob dieser Rechtfertigungsgrund also nicht unbeschränkt genügend erscheint.

In diesem Fall hätte die 6-Monats-Frist in Art. 286, die bisher nur dem Nachweis der schuldnerischen Absicht dient, eine zweite Funktion.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 30 N 30: "Das Wissen eines Organmitgliedes ist das Wissen der juristischen Person."

Diese Frage kann von verschiedenen Seiten angegangen werden:

1. Man kann die beiden in Frage stehenden Interessen gegeneinander abwägen:

Welches ist eher zu schützen, dasjenige des geschädigten Gläubigers oder dasjenige des [immer noch] bereicherten Dritten, dessen Bereicherung schon längere Zeit zurück liegt?

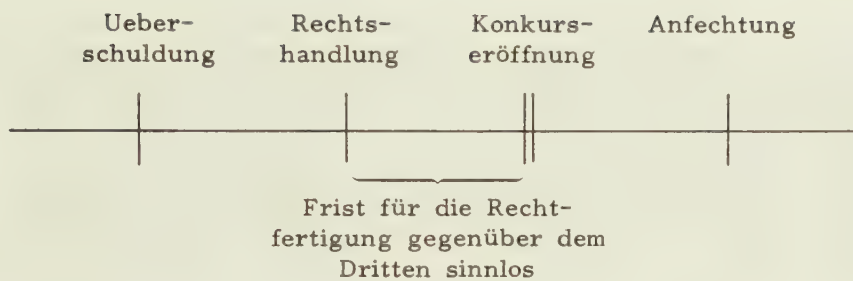
Meines Erachtens muss die Antwort zugunsten des Gläubigers ausfallen. Der Rechtfertigungsgrund der unentgeltlichen Bereicherung kann zeitlich nicht begrenzt werden. Die einzige Begrenzung kann er in der Beschränkung der Rückerstattung auf die noch vorhandene Bereicherung erfahren.

2. Ein anderer Lösungsansatz geht von zeitlichen Erwägungen aus:

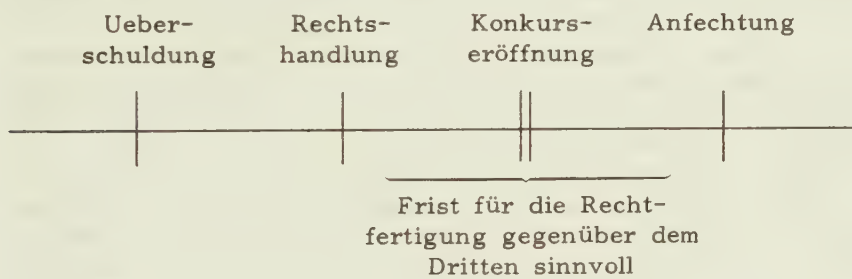
Wenn die Frist auch als Einschränkung für die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten gelten soll, so kann das nur den Grund haben, dass zwischen Bereicherung und anschliessender Anfechtung oder Kenntnis des Anfechtungsanspruchs keine allzulange Zeit verstreichen soll, in der sich der Dritte als bereichert ansehen kann.

Diese Begründung steht allerdings auf wackligen Füßen, denn weder die Rückerstattung noch die diesbezügliche Kenntnis beim Schuldner finden im Zeitpunkt des Konkurses statt. Bis es dazu kommt, können unter Umständen Jahre verfließen.

Das folgende Schema verdeutlicht diese Problematik.



Will man also die "Zeit der Freude" für den Dritten möglichst kurz halten, so muss man nicht die Frist zwischen Handlung und Konkursöffnung, sondern die Frist zwischen der Handlung und der Anfechtung bzw. der Kenntnis der Anfechtbarkeit beschränken wie das nächste Schema zeigt:



Wenn die Frist zwischen Konkursöffnung und Kenntnis der Anfechtbarkeit nicht beschränkt ist, gibt es keinen Grund, die Frist vor der Konkursöffnung derart eng zu beschränken.

Es lässt sich somit eindeutig sagen, dass die Frist in Art. 286 keine Bedeutung hat für die Rechtfertigung der Anfechtung gegenüber dem Dritten und dass die unentgeltliche Bereicherung als Rechtfertigungsgrund ebensowenig an eine Frist gebunden ist wie die Bösgläubigkeit.

Von der Systematik her gesehen ist es deshalb eindeutig, dass in der Generalnorm beide Rechtfertigungsgründe, die Bösgläubigkeit und die unentgeltliche Bereicherung nebeneinander stehen müssen.

In der Realität ist dem bedenkllicherweise nicht so. Art. 288 enthält nur die Bösgläubigkeit als Rechtfertigungsgrund gegenüber dem Dritten und bietet keinen Anhaltspunkt, dass auch die unentgeltliche Bereicherung darunter zu subsumieren wäre.

In der Praxis hat diese mangelhafte Formulierung, die übrigens bisher noch nie als solche erkannt worden ist, dazu geführt, dass unentgeltliche Verfügungen an einen gutgläubigen Dritten überhaupt nur anfechtbar sind, wenn diese in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sind.

Dies wurde allgemein als unbefriedigend angesehen und auch die Expertenkommission erachtete eine Verbesserung in diesem Punkt als notwendig. Bedauerlicherweise beschritt sie dabei jedoch den falschen Weg.

Anstatt die Formulierung des Art. 288 zu ändern und damit den dem schweizerischen Anfechtungsrecht immanenten Systemfehler zu beheben, will sie die Frist des Art. 286 verlängern.

Damit erreicht sie aber nur oberflächlich gesehen das gleiche Ziel. In Wirklichkeit greift sie in die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner ein und schafft eine gesetzliche Vermutung für dessen Absicht im ganzen letzten Jahr vor der Konkurseröffnung.

3. Die Beweispflicht

Die Beweispflicht für die Erkennbarkeit der schuldnerischen Absicht und somit für die Bösgläubigkeit des Dritten obliegt dem Anfechtenden. Wird die ungerechtfertigte Bereicherung als zweiter Rechtfertigungsgrund in Art. 288 aufgenommen, so hat ebenfalls der Anfechtende diese nachzuweisen, wobei dieser Nachweis in aller Regel im Nachweis der unentgeltlichen Verfügung enthalten sein wird.

B) Die Rechtfertigung in Art. 287 SchKG

Art. 287 beschränkt sich auf Tilgungs- und Sicherstellungshandlungen, also ausschliesslich auf Handlungen des Schuldners gegenüber seinen Gläubigern und in bezug auf deren Forderungen.

Unentgeltliche Verfügungen fallen damit in keinem Fall unter Art. 287, womit auch die unentgeltliche Bereicherung des Dritten nie ein Rechtfertigungsgrund in einer nach Art. 287 anfechtbaren Handlung sein kann.

Wenn die Anfechtung dem Dritten gegenüber doch gerechtfertigt werden muss, so kann das nur durch dessen Bösgläubigkeit geschehen.

Dass es auch bei den Rechtshandlungen des Art. 287 einer solchen Rechtfertigung bedarf, ergibt sich aus zwei Gründen:

Erstens gibt es keine Ursache, von der Regel in Art. 288 abzuweichen, wenn eine Rechtshandlung alternativ nach Art. 287 oder Art. 288 angefochten werden kann, und zweitens ist dem Dritten auch in diesem Fall die Anfechtung nicht ohne weiteres, das heisst ohne dass er damit rechnen musste, zuzumuten.

Nachdem also feststeht, dass die Bösgläubigkeit des Dritten auch bei der Anfechtung nach Art. 287 zwingendes Tatbestandsmerkmal ist, so fragt es sich, wie dieses Element, das auf den ersten Blick nicht zu existieren scheint, verpackt ist.

Des Rätsels Lösung liegt beim Exculpationsbeweis ¹⁾ des Dritten, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt habe.

Die Kenntnis dieser Vermögenslage wird also widerlegbar vermutet, dies zurecht, denn für den Gläubiger bleiben die Anzeichen der Ueberschuldung ihres Schuldners in der Regel nicht verborgen.

Insbesondere besteht eine grosse Wahrscheinlichkeit, dass der Gläubiger die Vermögenslage gekannt habe, wenn er sich durch eine der in Art. 287 genannten Rechtshandlungen begünstigen lässt.

Wer nämlich aussergewöhnliche Zahlungsmittel annimmt, tut dies in der Regel nur, weil er befürchtet, keine gewöhnlichen mehr zu bekommen. ²⁾

Wer Tilgung für eine noch nicht fällige Schuld erhält, erhält diese Tilgung in der Regel nur, weil er selbst stark darauf gedrängt hat, wofür es wiederum fast nur einen Grund geben kann.

Auch derjenige, der sich eine Forderung nachträglich sicherstellen lässt, hat wohl nicht mehr an die ordentliche Tilgung geglaubt.

1) Der gebräuchliche Begriff 'Exculpation' ist nicht präzise, weil die Anfechtung dem Dritten gegenüber nicht immer durch eine culpa (=Schuld) gerechtfertigt wird.

2) Weber/Brüstlein/Reichel S. 420: "Es muss von vornherein Verdacht erwecken, wenn er [der Gläubiger des Gemeinschuldners] sich dazu herbeilässt, die Zahlung in anderer Weise, z.B. durch Uebernahme von Waren des Schuldners, entgegenzunehmen."

Wenn der Gläubiger die Vermögenslage des Schuldners aber kennt, so erkennt er auch, dass der Schuldner die Tilgungs- oder Sicherstellungshandlung in (eventualer) Schädigungsabsicht vorgenommen hat, und dass diese auch tatsächlich zu einer Schädigung führt. ¹⁾

"Bei den in [Art. 287] Ziff. 1-3 aufgeführten Sicherungs- und Tilgungsgeschäften sind die Umstände so auffallend, dass auch dem Dritten ('dem Begünstigten') die üble Verfassung des Schuldners kaum hat entgehen können." ²⁾

-
- 1) Zum gleichen Ergebnis kommt auch Hangartner S. 38 f Das Bundesgericht hat das gleiche in BGE 65 III 128 negativ ausgedrückt: "Da nun damals mangels Kenntnis oder auch nur Erkennbarkeit der Ueberschuldung der Bank [Schuldnerin] weder die Klägerin selbst, noch deren Ehemann [Gläubiger] Veranlassung hatte, mit einer Benachteiligung anderer Bankgläubiger ... zu rechnen ..."
 - 2) Fritzsche S. 282

Die Kenntnis der Vermögenslage enthält also zusammen mit der besonderen Art der Rechtshandlung die Erkennbarkeit der Schädigung und lässt darum eine diesbezügliche Vermutung entstehen.¹⁾

Die Erkennbarkeit der Schädigung ihrerseits ist einer der möglichen Anwendungsfälle der Bösgläubigkeit, die dem Dritten als Rechtfertigungsgrund entgegen gehalten werden kann.

Diese Wahrscheinlichkeit der Bösgläubigkeit ist nicht an eine Frist gebunden.

Auch wenn eine solche Handlung ein Jahr vor Konkurseröffnung stattfand und der Dritte die Ueberschuldung des Schuldners kannte, war er bösgläubig.

Das heisst, dass die Frist in Art. 287 für die Rechtfertigung dem Dritten gegenüber keine Bedeutung hat. Sie hat nur Bedeutung gegenüber dem Schuldner.

Die subjektive Seite des Dritten, dessen böser Glaube, ist also auch in Art. 287 unerlässliches Tatbestandselement. Dies wiederum entgegen der Meinung vieler Autoren²⁾, welche die materielle Seite der Anfechtung mit der prozessualen vermischen.

1) Von dieser Vermutung spricht auch v. Overbeck S. 224, wenn er sagt: "Durch solche Rechtshandlungen wird nämlich gegen den Beklagten eine Vermutung geschaffen". Zwar sagt v. Overbeck nicht ausdrücklich, von welcher Vermutung er spricht, dies ergibt sich aber dennoch zweifelsfrei aus S. 226, wonach die Erkennbarkeit der Absicht für den Dritten, den Gläubiger, bei der Absichtsanfechtung [im Gegensatz zur 'Ueberschuldungsanfechtung'] nicht etwa gesetzlich vermutet wird, sondern vom Anfechtungskläger zu beweisen ist.

Weber/Brüstlein/Reichel S. 418: "Das Gesetz präsumiert hier den bösen Glauben des Dritten, welcher bei der Rechtshandlung des Schuldners beteiligt war.

2) unter anderen Gaugler S. 114: "Auf ... das Mitwissen ... seines [des Schuldners] Geschäftsgenossen kommt es nicht an", wogegen Gaugler auf S. 120 plötzlich doch schreibt, dass in Art. 287 "der böse Glaube des Anfechtungsgegners à priori unterstellt wird."

Damit ist vollends nachgewiesen, dass es zwischen Art. 287 und 288 materiell keinen Unterschied gibt! ¹⁾

Der einzige Unterschied besteht darin, dass die beiden Elemente, welche die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner ²⁾ und dem Dritten ³⁾ enthalten, in Art. 287 vermutet werden, während sie in Art. 288 vom Anfechtenden nachgewiesen werden müssen.

Dieses Resultat ist auch vereinzelt von Rechtsprechung ⁴⁾ und Autoren ⁵⁾ bereits erkannt worden.

-
- 1) Abgesehen einmal von der zuvor gerügten fehlenden zweiten Rechtfertigung in Art. 288, die aber für das Verhältnis zu Art. 287 keine Rolle spielt, weil der zweite Rechtfertigungsgrund in Art. 287 gar nicht möglich ist.
 - 2) Die Bösgläubigkeit beispielsweise wegen der Schädigungsabsicht.
 - 3) Dessen Bösgläubigkeit wegen Kenntnis der Schädigung
 - 4) "Einzig die Beweislast ist im Fall von Art. 288 verschieden von derjenigen im Fall des Art. 287 SchKG. Beweispflichtig ist im Fall von Art. 288 diejenige Partei, die sich auf diese Bestimmung beruft, während nach Art. 287 immer der Begünstigte den sogenannten 'Beweis der Harmlosigkeit' zu erbringen hat." (BG Arlesheim und OG, letzteres durch Urteil vom 19.9.1961)
 - 5) Gaugler S. 141, für den Fall, dass Rechtshandlungen, die nach Art. 286/287 anfechtbar wären, nach Art. 288 angefochten werden müssen, weil die 6-Monatsfrist abgelaufen ist: "Solchenfalls hat der Kläger lediglich einer erweiterten Beweispflicht zu genügen."

Die Schädigungsabsicht des Schuldners wird in Art. 287 zu Recht unwiderlegbar vermutet, während der Dritte die gegen ihn gerichtete Vermutung ebenfalls zu Recht beseitigen kann, indem er nachweist, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat. Das Fehlen dieser Exculpationsmöglichkeit wäre nicht tolerierbar.

Der Entlastungsbeweis kann allerdings immer nur ein Wahrscheinlichkeitsbeweis ¹⁾ sein.

"Und wenn auch der Natur der Sache nach in der Regel ein direkter Nachweis der Unkenntnis nicht geführt und nicht verlangt werden kann, so muss es doch dem Anfechtungsbeklagen obliegen, Momente geltend zu machen und nachzuweisen, dass er die missliche ökonomische Lage seines Schuldners nicht kennen konnte. Er muss Umstände dartun, die ihn der Pflicht, die Vermögenslage des Schuldners näher zu besehen, enthoben oder dann glaubhaft machen, dass er dieser Pflicht genügt, dabei aber von den bedrängten Verhältnissen des Schuldners keine Kenntnis erlangt habe (BGE 25 II 942; bestätigt in BGE 42 III 302 und 43 III 233)" ²⁾

Die Aufmerksamkeit des Dritten muss sich immer an der besonderen Art der in Frage stehenden Rechthandlung orientieren.

1) ZR Bd. 65 Nr. 138

2) Fritzsche S. 282 f

C) Die Rechtfertigung in Art. 286 SchKG

1. Art. 286 Abs. 1

Art. 286 Abs. 1 beschränkt sich auf Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen des Schuldners, auf Freigiebigkeitsakte also gegenüber Dritten die nicht seine Gläubiger sind oder gegenüber seinen Gläubigern, dann jedoch nicht auf Anrechnung an die Forderung.

Art. 286 spricht nicht einmal andeutungsweise von einer Rechtfertigung gegenüber dem Dritten.

Aus den grundsätzlichen Ueberlegungen am Anfang dieses Kapitels ergibt sich aber, dass die Anfechtung dem Dritten gegenüber ohne Rechtfertigungsgrund nur zulässig ist, wenn dieser wirtschaftlich nicht davon betroffen ist. Bei einer Schenkung ist dies aber sicher nicht der Fall.

Die Lösung dieses Problems ist einfach:

Aus der Unentgeltlichkeit der Verfügung ergibt sich mit grosser Wahrscheinlichkeit dass der Dritte auch unentgeltlich bereichert ist.

Der Rechtfertigungsgrund der unentgeltlichen Bereicherung ist somit der besonderen Rechtshandlung des Art. 286 Abs. 1 in der Regel immanent und wird darum gesetzlich vermutet.

Diese Vermutung beruht allerdings nicht auf absoluter Sicherheit, sondern nur auf einer gewissen Wahrscheinlichkeit der Bereicherung und muss deshalb vom Dritten widerlegt werden können.

Das SchKG folgt dieser Notwendigkeit allerdings nicht. Nach einhelliger Meinung hat der Dritte keinerlei Möglichkeit, die Anfechtung einer unentgeltlichen Verfügung zu verhindern.

Damit wird die Unzulänglichkeit des SchKG in bezug auf die unentgeltliche Bereicherung noch krasser.

Einerseits fehlt die unentgeltliche Bereicherung als Rechtfertigungsgrund in Art. 288, was dazu führt, dass unentgeltliche Verfügungen an einen gutgläubigen Dritten faktisch nur innerhalb der letzten sechs Monate vor Konkurs angefochten werden können, anderseits wird die unentgeltliche Bereicherung dann aber für diese sechs Monate gleich unwiderlegbar vermutet und gilt darum auch dann noch als Rechtfertigungsgrund, wenn sie in Wirklichkeit überhaupt nicht vorliegt.

Das SchKG fällt in diesem Punkt von einem unbefriedigenden Extrem ins andere.

Richtig wäre der goldene Mittelweg, nämlich die Anerkennung der unentgeltlichen Bereicherung als generellen Rechtfertigungsgrund, dafür aber der Verzicht auf eine unwiderlegbare Vermutung dieses Rechtfertigungsgrundes für eine gewisse Zeit vor Konkurs.

Fehlt die unentgeltliche Bereicherung des Dritten, so kommt als Rechtfertigungsgrund nur noch die Bösgläubigkeit in Frage.

Diese darf aber in Art. 286 im Gegensatz zu Art. 287 nicht gesetzlich vermutet werden ¹⁾, denn erstens besteht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine solche Vermutung und zweitens müsste sie - bestünde sie trotzdem - unzweifelhaft widerlegbar sein ²⁾, was sich aus dem Wortlaut nicht ableiten lässt und als Umkehrschluss aus Art. 287, aber auch aus der prozessorientierten Formulierung heraus, verneint werden muss.

Ob die Anfechtung dem Dritten gegenüber durch dessen Bösgläubigkeit oder unentgeltliche Bereicherung gerechtfertigt wird, hat eine grosse Bedeutung für die Höhe der Rückerstattung. Umfasst sie im ersten Fall die ganze Bereicherung, so ist sie im zweiten Fall auf die noch vorhandene beschränkt. ³⁾

1) Weber/Brüstlein/Reichel S. 417 wirft diese Frage auf

2) Gleicher Meinung Weber/Brüstlein/Reichel S. 417

3) Weber/Brüstlein/Reichel S. 417

Die Frist, von deren Einhaltung das Vorgehen nach Art. 286 abhängt, hat für die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten keine Bedeutung.

Wenn eine unentgeltliche Verfügung zugunsten eines gutgläubigen Dritten darum nach geltendem Recht nicht mehr anfechtbar ist, sobald mehr als sechs Monate zwischen Verfügung und Konkurseröffnung verstrichen sind, so kann das nicht am Ungenügen von Art. 286 liegen, sondern an der unvollständigen Formulierung von Art. 288.

2. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1

Hier geht es im Gegensatz zu Art. 1 nicht mehr um eine reine, sondern um eine gemischte Schenkung. Die Problematik der Anfechtung einer gemischten Schenkung liegt einerseits in der Bestimmung der Wertdifferenz und anderseits in der Form der Rückerstattung, ob die Wertdifferenz geschuldet ist, oder ob das ganze Geschäft rückgängig gemacht werden muss. Beide Probleme aber betreffen die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten nicht. Für diese gilt das gleiche wie zuvor bei Abs. 1 behandelt.

3. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2

Eine weitere Inkonsequenz des Gesetzgebers liegt in Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2, wo für Rechtsgeschäfte, durch die der Schuldner sich selbst oder einem Andern eine Nutzniessung erworben hat, die gleichen Regeln gelten wie für Abs. 1.

Wo liegt bei einer solchen Handlung die Rechtfertigung der Anfechtung gegenüber dem Dritten, dem Vertragspartner?

Gemäss Abs. 1 müsste sie in der unentgeltlichen Bereicherung des Dritten liegen. Da der Erwerb einer Nutzniessung aber ein entgeltliches Geschäft ist, fällt dieser Rechtfertigungsgrund ausser Betracht.¹⁾

Es ist darum zu prüfen, ob der Gesetzgeber stillschweigend und unwiderlegbar die Bösgläubigkeit des Dritten vermutet.

Diese Vermutung rechtfertigt sich, sobald eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht. Das lässt sich jedoch nicht sagen:

Wenn auch der Erwerb einer Rente durch einen Dreissigjährigen dem Dritten verdächtig erscheinen muss, so ist dieser Verdacht gänzlich unbegründet, wenn der Schuldner bereits sechzig Jahre alt ist.

Die generelle Vermutung der Bösgläubigkeit lässt sich darum nicht rechtfertigen und kann vom Gesetzgeber auch nicht gewollt sein.

Das bedeutet nun, dass Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 systemwidrig die Anfechtung einem gutgläubigen, nicht unentgeltlich bereicherten Dritten zumutet, was meines Erachtens als klarer und unbegründeter Einbruch in die Rechtssicherheit nicht zulässig ist.

- 1) Vgl. Amonn S. 420: "Dieser Tatbestand hat allerdings mit einer Schenkung nichts mehr zu tun, wenn der Schuldner [selbst] künftiger Leistungsempfänger ist."

Berz S. 126: "In Wirklichkeit hat die entgeltliche Bestellung einer Leibrente oder eines Niessbrauchs nicht das mindeste Merkmal einer unentgeltlichen Bereicherung."

Walder, Skript N 6 zu § 17: "Nach dem strikten Wortlaut des Gesetzes müssen diese Rechtsgeschäfte als anfechtbar betrachtet werden, gleichgültig, ob die Rente bzw. die Nutzniessung ein genügendes Aequivalent für die Leistung des Schuldners darstellt oder nicht."

Brand, SJK 742, S. 4: "Diese Bestimmung bietet Anlass zu Kritik, weil sie sich unbillig auswirken kann."

Wenn die Gläubiger vor solchen Machenschaften des Schuldners geschützt werden sollen - gleichgültig, ob der Schuldner sich selbst oder einen andern begünstigt - so kann das auf anderem Weg geschehen, dadurch nämlich, dass die Nutzniessung oder Rente von Gesetzes wegen auf die Gläubiger übergeht und diese allenfalls einen Anspruch auf Umwandlung in eine Kapitaleistung haben.

D) Die Rechtfertigung in Art. 214 SchKG

Art. 214 gehört zwar nicht formell, aber doch materiell zum Konkursrecht.

Die Wirkungen der Anfechtung aufgrund von Art. 214 müssen deshalb dem Betroffenen gegenüber gleichermassen gerechtfertigt sein wie bei einer Anfechtung nach Art. 286-288.

Anfechtungsgegner ist immer der Dritte, der verrechnet hat. Durch die erfolgreiche Anfechtung der Verrechnung leben Schuld und Forderung wieder auf, was bedeutet, dass der Dritte in seiner Stellung als Schuldner des Gemeinschuldners vollständig zu erfüllen hat, in seiner Stellung als Gläubiger des Gemeinschuldners aber nur noch unvollständig, nach Massgabe der Konkursdividende befriedigt wird.

Art. 214 nennt als Rechtfertigungsgrund die Absicht, "sich oder einem andern ... unter Beeinträchtigung der Konkursmasse einen Vorteil zuzuwenden."

Angesprochen ist hier unzweideutig die Bösgläubigkeit des Dritten, der verrechnet. Um für sich oder einen andern einen Vorteil zu erlangen, nimmt er die Schädigung der übrigen Gläubiger in Kauf.

Die Verrechnung an sich ist in jedem Fall gläubigerschädigend, sofern der Gemeinschuldner überschuldet ist.

Der verrechnende Gläubiger muss sich dieser Schädigung auch bewusst sein, wenn er die Ueberschuldung kennt. Soweit kann diese Kenntnis dem Verrechnenden aber nicht vorgeworfen werden, weil gerade dies der Zweck der Verrechnung ist.

Der Vorwurf gegen den Dritten und damit die Rechtfertigung der Anfechtung ihm gegenüber liegt in dessen Absicht, eine Forderung zu erwerben, um durch die Verrechnung einen Vorteil zu erlangen.

Die Absicht muss also im Zeitpunkt des Erwerbs der Forderung bereits gegeben sein.

Dabei stellt sich nur eine Frage:

Wie ich bereits früher dargestellt habe, kann nur der Erwerb einer Forderung von einem Vierten dem Schuldner einen Vorteil bringen. Erwirbt der Schuldner die Forderung durch eigene Leistung oder Lieferung, so wird er dadurch nicht besser gestellt, als wenn er auf Leistung und Forderung verzichtet hätte.

Wie verhält es sich aber, wenn der Dritte irrtümlich glaubt, die durch eigene Leistung erworbene Forderung bringe ihm einen Vorteil, obwohl dies objektiv gar nicht möglich ist?

Nach strafrechtlichen Begriffen liegt hier ein Versuch am untauglichen Objekt vor ¹⁾.

Ist die Anfechtung in diesem Fall gerechtfertigt? Einerseits hat der Dritte die eventuale Schädigungsabsicht, anderseits zielt diese Absicht ins Leere.

1) StGB Art. 23; Hauser/Rehberg, Strafrecht I, S. 49

Meines Erachtens ist die Anfechtung in diesem Fall gerechtfertigt ¹⁾, weil der Dritte die verwerfliche Absicht hatte.

Im Einklang damit steht auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Diese "besteht auch dann, wenn Mittel und Objekt untauglich sind." ²⁾

Zu prüfen ist hier nur die unentgeltliche Bereicherung des Dritten, der verrechnet hat, und nicht auch die des Vierten, der dem Dritten die Forderung abgetreten hat, denn die Wirkung der Anfechtung tritt nur beim Dritten ein und schlägt nicht automatisch auch auf die vorhergehende Abtretung durch, sodass der Vierte auch davon betroffen würde.

Die unentgeltliche Bereicherung des Dritten ist grundsätzlich nur dort möglich, wo dieser eine Forderung gegen den Gemeinschaftschuldner unter ihrem Nennwert erworben hat.

Betraglich entspricht die Bereicherung der Differenz zwischen dem verrechneten Nennwert der Forderung und dem darunterliegenden Erwerbspreis.

Die Abtretung einer Forderung zu einem unter dem Nennwert liegenden Preis ist aber dermassen ungewöhnlich, dass dem Dritten, der bereits in Geschäftsbeziehung mit dem Gemeinschaftschuldner steht, dessen Ueberschuldung erkennbar wird.

Somit ist der verrechnende Dritte in jedem Fall bösgläubig und es erübrigt sich, über den Rechtfertigungsgrund der unentgeltlichen Bereicherung zu diskutieren.

1) Aus dem Wortlaut von Art. 214 ist sie es ohnehin, vermutlich allerdings nur, weil sich der Gesetzgeber dieser Problematik gar nicht bewusst war.

2) Hauser/Rehberg S. 49; BGE 83 IV 133

E) Resultat

Die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten ist im SchKG auch dort vorgesehen, wo es auf den ersten Blick nicht so erscheint. Die Regelung ist allerdings inkonsequent und verbesserungsbedürftig.

Grundsätzlich ist die Rechtfertigung dem Dritten gegenüber vom Anfechtenden nachzuweisen, sie wird jedoch dann gesetzlich vermutet, wenn dies aufgrund der besonderen Umstände naheliegend ist.

23. Kapitel: Die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten im deutschen Recht

A) Die Rechtfertigung in § 31 Nr. 1 KO und in § 3 Nr. 1 AnfG

Die Generalnormen von KO und AnfG statuieren ausdrücklich die Bösgläubigkeit des Dritten als Rechtfertigung der Anfechtung diesem gegenüber.

Die augenscheinlichste Abweichung gegenüber dem SchKG ist, dass zur Manifestierung der Bösgläubigkeit nicht auf die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, sondern auf deren effektive Kenntnis abgestützt wird.

Der Dritte "muss von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis gehabt haben. Kennenmüssen genügt nicht." ¹⁾

Wie im SchKG, so fehlt dagegen auch in der KO und im AnfG der zweite Rechtfertigungsgrund, die unentgeltliche Bereicherung.

B) Die Rechtfertigung in § 31 Nr. 2 KO und in § 3 Nr. 2 AnfG

In diesen Paragraphen wird die Kenntnis der schuldnerischen Absicht widerlegbar vermutet. ²⁾ Die Bösgläubigkeit des Dritten steht also auch hier als Rechtfertigungsgrund an erster Stelle.

Aber auch hier müsste meines Erachtens die unentgeltliche Bereicherung als zweiter Rechtfertigungsgrund vorgesehen sein.

C) Die Rechtfertigung in § 32 KO und in § 3 Nr. 3 und 4 AnfG

Gleich wie im SchKG ist hier in erster Linie die unentgeltliche Bereicherung als Rechtfertigungsgrund vorgesehen.

"Zurechnungsgrund für die Zulässigkeit eines Zugriffs auf den Vermögenserwerb Dritter ist in den Fällen der Schenkungsanfechtung die Unentgeltlichkeit." ³⁾

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 31 N 14

2) Böhle-Stamschräder/Kilger § 31 N 9

3) Gerhardt S. 187

D) Die Rechtfertigung in § 30 KO

Das subjektive Element des Dritten ist hier nach der Formulierung die Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des (Konkurs-) Eröffnungsantrages.

Wer die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag kennt, der weiss, dass der Schuldner nicht mehr alle Gläubiger wird befriedigen können. Er erkennt darum auch eine durch die Rechtshandlung allenfalls verursachte Gläubigerschädigung und ist somit bösgläubig.

In Uebereinstimmung mit § 31, aber im Gegensatz zum SchKG, ist hier nur die effektive Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages genügend:

"Kennenmüssen genügt ebensowenig wie die Vermutung oder die Ueberzeugung von einer bevorstehenden Zahlungseinstellung oder die Befürchtung des Konkurses, oder Bedenken gegen die künftige Kreditwürdigkeit des Schuldners. Auch der bedingte Vorsatz genügt nicht." ¹⁾

E) Die Rechtfertigung in § 32a KO und in § 3b AnfG

Bei der Tilgung oder Sicherstellung von Gesellschafterdarlehen durch die GmbH besteht faktisch Personalunion zwischen Schuldner und Drittem. Wo der Schuldner als bösgläubig angesehen werden muss, muss es auch der Dritte werden.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 30 N 28

F) Resultat

Die Darstellung hat gezeigt, dass die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten grundsätzlich auch im deutschen Recht vorhanden ist, wenn es auch auf den ersten Blick nicht immer so aussieht.

Die vielen Wiederholungen gegenüber der Behandlung des SchKG zeigen die grosse inhaltliche Aehnlichkeit beider Rechtsordnungen.

24. Kapitel: SchKG-Revision

Die Rechtfertigung gegenüber dem Dritten, die zweifellos notwendig ist und zurecht besteht, wenigstens, solange er von der Anfechtung wirtschaftlich betroffen ist, ist in einigen Punkten mangelhaft normiert. Eine Korrektur drängt sich auf, zumal sie mit geringfügigen Aenderungen bewirkt werden kann.

Die folgenden Punkte, die vorstehend ausführlich begründet sind, sind dabei angesprochen:

- Die Bösgläubigkeit des Dritten ist ein Rechtfertigungsgrund ihm gegenüber. Sie bedeutet, dass der Dritte die schädigende Wirkung gekannt hat oder kennen musste.

Das Gesetz normiert statt des Grundsatzes der Bösgläubigkeit oder der Kenntnis der Schädigung eine der möglichen Ursachen dieser Kenntnis und schafft damit erhebliche praktische Probleme.

Wird dieses Problem korrigiert, also im Gesetz lediglich die Bösgläubigkeit des Dritten verlangt, welcher Erscheinungsform sie auch sei, so wird das Anfechtungsrecht um vieles klarer und sowohl für Parteien als auch für Richter wesentlich einfacher in der Handhabung. Die Parteien müssen nicht mehr nachweisen, dass dem Dritte die schuldnerische Absicht erkennbar war, was als beidseitig subjektives Element fast unmöglich nachzuweisen ist, sondern es genügt, wenn sie dem Dritten die Erkennbarkeit der schädigenden Wirkung nachweisen können. Dieser Beweis kann, wenn auch nicht direkt, so wenigstens durch handfeste Indizien erbracht werden.

Fehlüberlegungen der Rechtsanwender sind damit weitgehend ausgeschlossen.

- In die gleiche Richtung geht auch Krauskopf ¹⁾:

"Mit Blick auf die Deliktspauliana (Art. 288) könnte man sich fragen, ob nicht auf die Kenntnisse des Dritten von der schlechten Vermögenslage des Schuldners abzustellen sei."

Im Endeffekt entspricht Krauskopf der von mir vertretenen Meinung, wonach auf die Erkennbarkeit der Schädigung oder noch allgemeiner auf den bösen Glauben abzustützen sei, denn auch die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Vermögenslage bewirken den bösen Glauben. Meine Variante ist lediglich direkter und verzichtet auf den von Krauskopf eingebauten geistigen Umweg.

In meinem Revisionsvorschlag ist die Anfechtung mit dem Rechtfertigungsgrund der Bösgläubigkeit möglich. Auch das Bundesgericht hat sich einmal indirekt für die Erkennbarkeit der Schädigung statt der Schädigungsabsicht und damit für die Bösgläubigkeit generell als Element ausgesprochen ²⁾, als es nämlich sagte:

"Der dem finanziellen Zusammenbruch nahe Schuldner soll nicht einzelne Gläubiger in einer für diese Erkennbaren Weise auf Kosten anderer besserstellen können".

In einem anderen, früheren Entscheid ³⁾ liess es die Anfechtung zu "... bei Anwendung von Art. 288 aufgrund der Feststellung, ... die Ueberschuldung ... sei dem Beklagten bekannt gewesen".

Mein Vorschlag ist also zumindest in der Rechtsprechung bereits Realität geworden.

1) SJZ 1984, S. 21

2) BGE 99 III 91

3) BGE 65 III 148

- Die Bösgläubigkeit und die unentgeltliche Bereicherung sind einander als Rechtfertigungsgründe gleichgestellt. Sie sind beide nicht an eine Frist gebunden.

In einer Generalnorm, wie Art. 288 eine ist, müssen darum beide Rechtfertigungsgründe vorgesehen sein.

Damit löst sich zugleich auch das Problem der Anfechtung einer Schenkung, die mehr als sechs Monate vor der Konkursöffnung erfolgte. Dieses Problem wurde in den laufenden Revisionsbestrebungen fälschlich in Art. 286 statt 288 lokalisiert, dementsprechend falsch ist der Lösungsvorschlag des Vorentwurfs.

- Abzulehnen ist dagegen die Meinung von Friedrich Weber ¹⁾, wonach die subjektiven Voraussetzungen zumindest von § 30 KO als historische Restbestände zu beseitigen seien, weil das Prinzip der gleichmässigen Gläubigerbefriedigung die Rechtfertigung der Anfechtung in sich selbst trage und nicht noch zusätzlich eine Rechtfertigung durch das zu missbilligende subjektive Verhalten des Dritten brauche.

Gegenüber dem Schuldner kann auf eine besondere Rechtfertigung verzichtet werden, gegenüber dem Gläubiger aber nur dann, wenn dieser von der Anfechtung wirtschaftlich nicht betroffen wird.

In allen anderen Fällen aber erachte ich die Rechtssicherheit als wichtiger, was bedeutet, dass dem Dritten gegenüber die Rechtfertigung immer beibehalten wird, sofern er von der Anfechtung wirtschaftlich betroffen ist.

1) zitiert in Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck § 30 N 27

IV. TEIL: DIE REVISION DES SCHKG

25. Kapitel: Die Mängel des geltenden Rechts

Das geltende schweizerische Anfechtungsrecht enthält materielle und formelle Mängel, die im Zug der Revision behoben werden können, ohne dass die Grundzüge des Institutes gross verändert werden.

A) Materielle Mängel

Das SchKG orientiert sich aus historischer Ueberlieferung zu stark am Schuldner. Der Grund für die Notwendigkeit und Zulässigkeit der Anfechtung ist eben zumindest nach heutiger Anschauung nicht mehr die Bösgläubigkeit des Schuldners, sondern die Schädigung der Gläubiger.

Ein zweiter materieller Mangel des geltenden Rechts liegt darin, dass die unentgeltliche Bereicherung des Dritten als Rechtfertigung diesem gegenüber in der Generalnorm fehlt.

B) Formelle Mängel

Das SchKG ist in seiner Formulierung sehr prozessorientiert. Es enthält darum nicht alle materiellen Elemente ausdrücklich, sondern nur diejenigen, welche nachgewiesen werden müssen.

Zugleich ist auch die prozessuale Seite nur dort ausdrücklich geregelt, wo Elemente nachgewiesen werden müssen oder widerlegbar vermutet werden. Unwiderlegbare Vermutungen erscheinen in der Formulierung nicht.

Das hat in der Literatur zu grossen Irrtümern über das Vorliegen bzw. die Notwendigkeit einzelner Tatbestandsmerkmale geführt.

Von der Gesetzgebungstechnik her gesehen, ist das Anfechtungsrecht ein Zwitter. Die Regelung ist einerseits abstrakt, enthält aber andererseits doch eine gewisse Kasuistik. Das hat den falschen Eindruck erweckt, es gebe materiell verschiedene Anfechtungen.

Prozessuale Vermutungen, die das Gesetz enthält, sind so formuliert, dass sie nicht mehr ohne weiteres als solche erkennbar sind.

So bedeutet die Nennung einer besonderen Art von Rechtshandlungen zusammen mit einer Frist (die nur dort vorkommt, wo keine Absichtsbeweis verlangt ist!) immer die gesetzliche Vermutung der schuldnerischen Absicht. Dies wurde von Autoren und Richtern meistens übersehen.

Die Folge davon war eine Flut von Diskussionen über die Länge der Fristen und den Umfang der besonderen Rechtshandlung.

Diese Diskussionen hätten zum grössten Teil vermieden werden können, wenn die wahre Natur der Bestimmungen aus dem Gesetz ersichtlich gewesen wäre.

Das Anfechtungsrecht enthält ferner zwei grundverschiedene 'Schädigungen', die von den Autoren und auch vom Bundesgericht ständig durcheinander gebracht wurden.

Einerseits muss die absolute Schädigung im Sinn eines Forderungsausfalls zur Legitimation gegeben sein - diese wird gesetzlich vermutet -, anderseits muss sich die angefochtene Rechtshandlung schädigend ausgewirkt haben. Diese zweite Erscheinungsform, die relative Schädigung muss vom Anfechtenden nachgewiesen werden, wobei sie sich gelegentlich schon aus der Art der Rechtshandlung ergibt.

Wäre diese doppelte Erscheinungsform der Schädigung aus dem Gesetz klar hervorgegangen, hätten Fehler in der Beweislastverteilung vermieden werden können.

Als letzter Mangel, der nicht nur das Anfechtungsrecht, sondern das ganze SchKG betrifft, ist fehlende Definition der Bilanzbegriffe zu rügen.

Wenn man schon ein Gesetz erlässt, das an allen Ecken und Enden mit wirtschaftlichen und vorallem bilanzmässigen Sachverhalten verknüpft ist, dann wäre es meines Erachtens naheliegend, die Bilanzbegriffe als Grundlagen zum Verständnis der finanziellen Transaktionen in einem Anhang zu erläutern.

Wie die Behandlung gezeigt hat, können die entsprechenden Kenntnisse oft nicht einmal von Richtern erwartet werden. Insbesondere die Begriffe 'Vermögen', 'Insolvenz' und 'Ueberschuldung' werden häufig falsch oder missverständlich verwendet oder durcheinandergebracht.

26. Kapitel: Mängel des Vorentwurfs

Der Vorentwurf enthält die gleichen Mängel wie das geltende Recht und verschlimmert sie sogar noch, indem er die Fristen der Art. 286 und 287, welche sich auf die Bösgläubigkeit des Schuldners beziehen, verlängert und damit unwiderlegbare Vermutungen für nicht bestehende Umstände schafft.

Der richtige Weg zur Behebung des Problems zumindest in Art. 286 führt über den Einschub der unentgeltlichen Bereicherung in Art. 288.

Schlecht ist im Vorentwurf auch die Verwendung der aus Unwissenheit eingeführten Marginalien, die nachweislich irreführend und falsch sind. Die Absicht muss nach der geltenden Fassung eben auch in Art. 286 und 287 vorliegen und nicht nur in Art. 288. Desgleichen muss die Ueberschuldung - zumindest bei der Bewertung zu effektiven Realisierungswerten - nicht nur in Art. 287, sondern auch in Art. 286 und 288 vorliegen.

Die einzige Verbesserung, die der Vorentwurf wirklich bringt, ist die leichte Ausweitung der Legitimation auf den Konkursverlusterscheingläubiger. Diese Ausweitung wird aber statt dem Art. 285, wo sie hingehört, systemwidrig dem Art. 288 als zweiter Absatz beigefügt.

Im übrigen handelt es sich samt und sonders um rein kosmetische Aenderungen, um Anpassungen des Textes an die schon bestehende Rechtsrealität.

Formell nennt sich so etwas zwar Revision, materiell aber ist es keine.

Insbesondere werden mit der vorgeschlagenen Neufassung die Mängel des Anfechtungsrechtes nicht behoben und auch das Verständnis der Rechtsanwender wird in keiner Weise verbessert.

Sollte der Vorentwurf Gesetz werden, so wird es weiterhin so sein, dass sich Gerichte auf unsystematische und undurchdachte Kommentare berufen und sich die Autoren ihrerseits auf die so zustande gekommenen Entscheide stützen. Der Reigen der Missverständnisse wird weitergehen und die Autoren und Richter werden auch für die nächsten hundert Jahre von der enormen Kompliziertheit des Anfechtungsrechtes überzeugt sein, obwohl dies nicht so sein muss.

27. Kapitel: Materielle Revisionsvorschläge

Das Anfechtungsrecht muss aus der Sicht der Gläubiger normiert werden und darf auf den Schuldner und den Dritten nur insoweit Rücksicht nehmen, als diese ein schutzwürdiges Interesse haben.

Das schutzwürdige Interesse des Schuldners ist nun aber an einem verschwindend kleinen Ort zu suchen, sofern es überhaupt vorliegt.

Der Verzicht auf eine Rechtfertigung ihm gegenüber drängt sich daher auf.

Damit erreichen wir zwei Ziele, die in den laufenden Revisionsbestrebungen zwar immer wieder hervorgehoben, vom Vorentwurf jedoch nicht erreicht worden sind:

Erstens wird die Anfechtung wenigstens teilweise objektiviert und zweitens wird die Prozessführung erleichtert, weil mit dem subjektiven Element auf Seiten des Schuldners auch dessen Nachweis dahinfällt.

Als Nebeneffekt wird die ganze Diskussion um die Fristen gegenstandslos.

Der zweite materielle Vorschlag ist nur eine teilweise Neuerung:

Die unentgeltliche Bereicherung, die bisher schon in Art. 286 als Rechtfertigungsgrund gegenüber dem Dritten vorgesehen ist, ist für die Anfechtung insgesamt vorzusehen.

28. Kapitel: Formelle Revisionsvorschläge

Ziel der formellen Revisionsvorschläge ist es, das Anfechtungsrecht dem Leser und Anwender so formuliert darzustellen, dass er selbst in der Lage ist, die dahinterstehende Systematik zu erkennen.

Zum ersten sind die verwirrenden Spezialnormen Art. 286 und Art. 287 zu beseitigen.

Als zweites kann ein dem heutigen Art. 288 entsprechender abstrakter Anfechtungstatbestand normiert werden, der alle erforderlichen materiellen Elemente auf objektiver und subjektiver Seite enthält, ungeachtet der Beweislastverteilung.

Als drittes können die Beweislasten verteilt, das heisst dem Anfechtenden als Beweis oder dem Anfechtungsgegner als Gegenbeweis auf eine entsprechende Vermutung hin auferlegt werden.

Weil es im Anfechtungsrecht zu komplizierten und verwirrenden Bestimmungen kommt, wenn man die Bedingungen der Beweislastumkehr normieren will, soll der Richter aufgrund der Umstände des vorliegenden Falles darüber entscheiden.

Grundsätzlich sind die Elemente vom Anfechtenden nachzuweisen, wenn einzelne dieser Elemente aber aufgrund der Umstände des konkreten Falles als wahrscheinlich erscheinen, kann der Richter eine entsprechende Vermutung annehmen und dem Anfechtungsgegner den Gegenbeweis auferlegen.

29. Kapitel: Vorschlag für den GesetzeswortlautA) Wortlaut

Unter Berücksichtigung der genannten Mängel des geltenden Rechtes und der dargestellten Ziele, schlage ich den folgenden Wortlaut anstelle der geltenden Art. 286 - 288 SchKG vor. Unberücksichtigt bleibt der Art. 285 und auch der Art. 288 Abs. 2 VE, der meines Erachtens zu Art. 285 gehört.

"Anfechtbar sind alle Rechtshandlungen eines Schuldners, welche die Gläubiger schädigen, sofern der andere Teil dabei bösgläubig oder dadurch unentgeltlich bereichert ist.

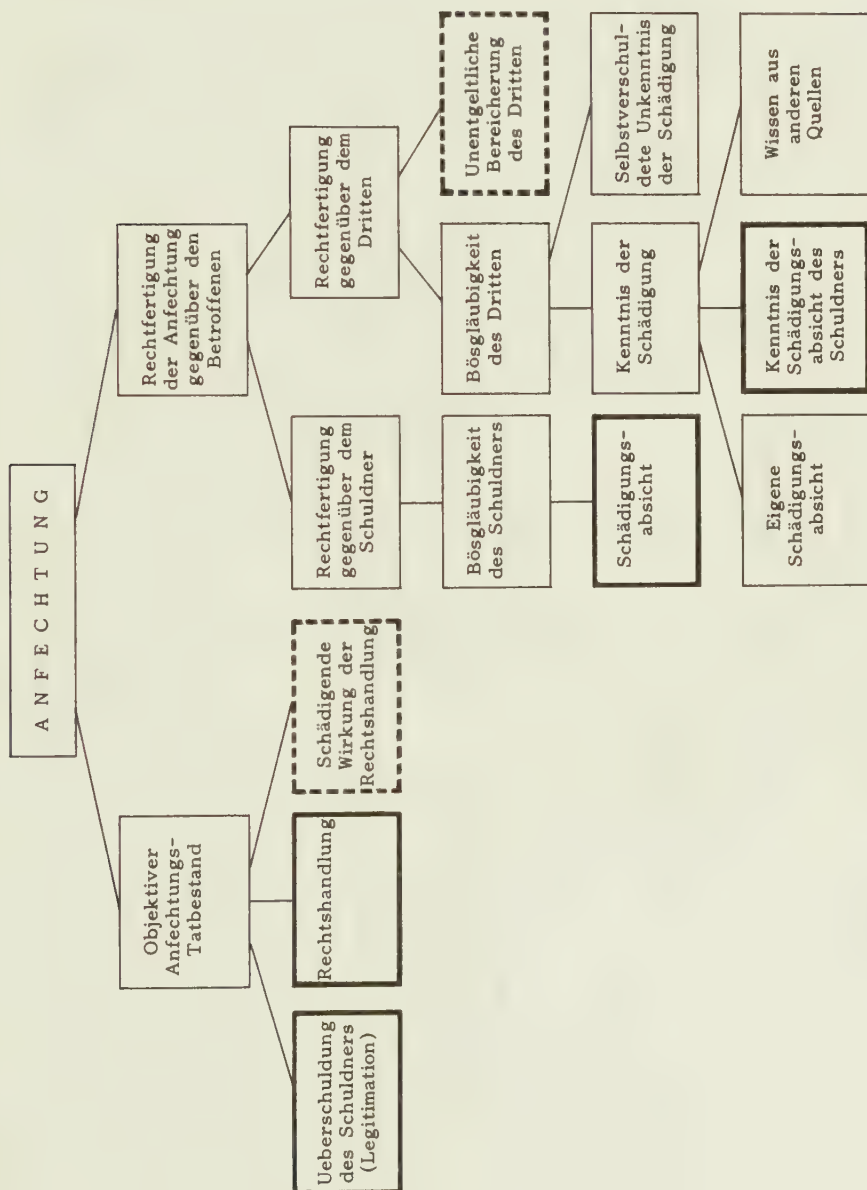
Die Beweislast obliegt dem Anfechtenden. Sind die Umstände so, dass die Schädigung oder ihre Erkennbarkeit für den andern Teil wahrscheinlich sind, kann der Richter diesem den Gegenbeweis auferlegen."

Dieser kurze Text kann die geltende viermal so lange Fassung der Art. 286-288 SchKG ersetzen und hat dabei ganz erhebliche Vorteile gegenüber dem geltenden Recht, aber auch gegenüber dem Vorentwurf.

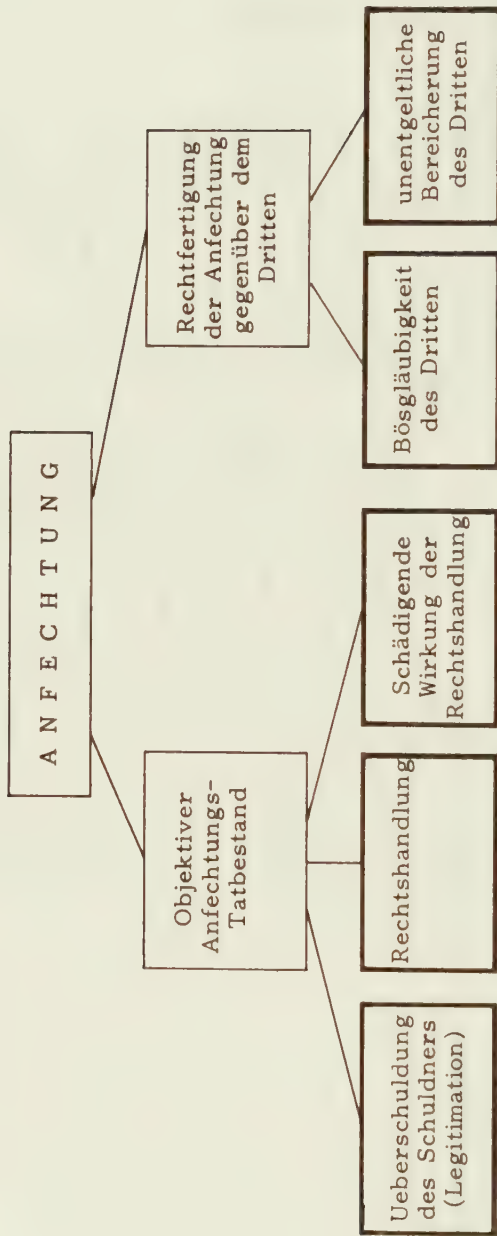
Ich zeige diese zuerst anhand eines schematischen Vergleichs zähle anschliessend einzelne Wirkungen der vorgeschlagenen Formulierung auf und vergleiche zuletzt das geltende mit dem von mir vorgeschlagenen Recht exemplarisch.

B) Schematischer Vergleich mit dem geltenden Recht

1. Das geltende Recht



2. Mein Revisionsvorschlag



Die Elemente, die in den Formulierungen ausdrücklich genannt sind, sind mit einem dicken Rahmen versehen.

Zwei Erkenntnisse folgen aus dieser schematischen Gegenüberstellung auf den ersten Blick:

Erstens ist mein Vorschlag viel einfacher aufgebaut als das geltende Recht und zweitens sind in meiner Version die grundsätzlichen Elemente der Anfechtung in der Formulierung enthalten und nicht nur deren Anwendungsfälle, wie dies im geltenden Recht der Fall ist, wo die vermeintlich grundsätzlichen Elemente der Formulierung teilweise sehr weit unten in der Pyramide erst erscheinen.

C) Wirkungen des vorgeschlagenen Wortlautes

- Die Anfechtung ist allgemein erleicht, weil materiell auf die Rechtfertigung gegenüber dem Schuldner verzichtet wird.

Wenn diese Lösung zu weit gehen sollte, kann diese Rechtfertigung mühelos in meinen Wortlaut eingebaut werden. Es heisst dann:

"Anfechtbar sind alle Rechtshandlungen eines bösgläubigen Schuldners..."

Auch der Nachweis der Bösgläubigkeit kann bei Wahrscheinlichkeit in den Gegenbeweis umgewandelt werden.

- Der Inhalt der Bösgläubigkeit des Dritten wird nicht mehr einschränkend vom Gesetz festgelegt, sondern allgemein gehalten. Dies wird vom Bundesgericht schon jetzt so gehandhabt.
- Der Anfechtungsgegner wird in seinem 'prozessualen Grundrecht' des Gegenbeweises nicht mehr eingeschränkt.

- Die Formulierung ist sehr kurz, einfach, sauber und übersichtlich. Sie zeigt die hinter dem Anfechtungsrecht stehende Systematik.
- Der Richter braucht seine Zeit nicht mehr mit dem Studium umständlicher und komplizierter Kommentar zu verbringen, sondern weiss, worauf es ankommt, und kann aufgrund eigener Ueberlegungen die Beweislast entsprechend den Gegebenheiten verteilen und den Prozess entscheiden.
- Die Kommentatoren können sich die Hälfte ihrer Arbeit im Anfechtungsrecht ersparen und das Resultat wird erst noch befriedigender.
- Der Ruf der Anfechtung wird sich dank ihrer neuen Uebersichtlichkeit verbessern. Das Risiko des Prozesses und die Angst davor werden sinken. Werden dadurch im Lauf der Zeit wieder mehr Anfechtungsprozesse geführt - erfolgreich geführt -, so haben wir endlich das geeignete Präventivmittel zur Verhütung anfechtbarer Rechtshandlungen.

D) Vergleiche zwischen dem geltendem Recht und meinem Vorschlag

1. Schenkung

Nach geltendem Recht muss die Schenkung und die Frist nachgewiesen werden.

Nach meinem Vorschlag muss nur noch die Schenkung nachgewiesen werden. Die Schädigung der Gläubiger und die unentgeltliche Bereicherung des Dritten sind so wahrscheinlich, dass sie vom Richter vermutet werden können.

Mein Vorschlag geht also weiter als das geltende Recht und auch weiter als der Vorentwurf, in welchem die unentgeltliche Bereicherung wieder nicht als vollwertiger Rechtfertigungsgrund enthalten ist.

Wenn die Meinung überwiegt, dass die unentgeltliche Bereicherung als Rechtfertigungsgrund zeitlich beschränkt werden sollte, was ich verneine, so kann eine entsprechende Formel mühelos in meine Formulierung eingebaut werden.

Beschränkt man den Rechtfertigungsgrund beispielsweise auf ein Jahr, so haben wir für die Anfechtung einer Schenkung faktisch die gleiche Lösung wie der Vorentwurf, nur dass dieser dazu einen eigenen Artikel benötigt und es sich hier bereits aus den abstrakten Grundsätzen ergibt.

2. Tilgung durch aussergewöhnliche Mittel

Nach geltendem Recht weist der Anfechtende die Tilgung, die aussergewöhnliche Natur des Mittels und die Frist nach. Ausser der Verlängerung der Frist ändert der Vorentwurf daran nichts.

Nach meinem Vorschlag weist er nur noch die Tilgung nach. Die Schädigung liegt wie im geltenden Recht auf der Hand, sobald der Schuldner überschuldet ist, was eine allgemeine Voraussetzung der schädigenden Wirkung überhaupt ist. Der Richter wird sie darum vermuten.

Ob die Bösgläubigkeit des Dritten nachgewiesen werden muss, oder ob sie vermutet wird, hängt wie im geltenden Recht von den Umständen, das heisst besonders vom Mittel der Tilgung ab, das darauf schliessen lässt. Der Richter entscheidet nach meinem Vorschlag, ob die Bösgläubigkeit vermutet werden kann.

Das geltende Recht ist genau gleich! Hier ist es nämlich ebenfalls der Richter, der aufgrund der genau gleichen Sachlage entscheidet, ob das Tilgungsmittel aussergewöhnlich war. Kommt er zum Schluss, dass dies der Fall war, so lässt er die Anfechtung nach Art. 287 zu, kommt er zum gegenteiligen Schluss, so verweist er den Anfechtenden auf Art. 288, wo dieser die Bösgläubigkeit des Dritten nachweisen muss.

Mein Vorschlag ist also bezüglich der Tilgung durch aussergewöhnliche Mittel inhaltlich gleich wie das geltende Recht, nur dass dieses für die gleiche Aussage wieder einen separaten Artikel braucht, und zudem erst noch weniger übersichtlich ist.

Genau gleich verhält es sich auch mit der nachträglichen Sicherstellung oder der Tilgung nicht fälliger Schulden, den anderen beiden in Art. 287 genannten Rechtshandlungen.

3. Die Anfechtung beliebiger Rechtshandlungen

Eine Rechtshandlung, die nach geltendem Recht keine der Besonderheiten der Art. 286 oder 287 aufweist, muss nach Art. 288 angefochten werden.

Der Anfechtende weist dabei die Rechtshandlung, die schädigende Wirkung, die Bösgläubigkeit des Schuldners und des Dritten nach.

Nach meinem Vorschlag müssen die gleichen Elemente mit Ausnahme der Bösgläubigkeit des Schuldners auch gegeben sein. Als Variante zur Bösgläubigkeit des Dritten steht allerdings dessen unentgeltliche Bereicherung zur Auswahl.

Als weitere Erleichterung für den Anfechtenden bietet sich nach meiner Variante nun aber die Möglichkeit der Beweislastumkehr: Je nach Besonderheit des Falles, auf die nach geltendem Recht überhaupt keine Rücksicht genommen wird, weil die Kompetenz des Richters zu knapp bemessen ist, kann dieser nach meiner Fassung die Beweislast selbst verteilen.

E) Schlussbemerkungen

Meine Regelung weist die oft geforderten Erleichterungen gegenüber dem geltenden Recht auf, Erleichterungen, die im Vorentwurf nicht enthalten sind.

Sie ist zudem kurz, einfach, leichtverständlich und gibt darüber hinaus die Möglichkeit, durch Einschub einzelner Worte oder Satzteile die allfällig zu stark erleichterte Anfechtung stufenweise wieder zu erschweren, ohne dass die Uebersichtlichkeit darunter leidet.

Der gedankliche Aufbau und die Schlussfolgerungen, auf denen mein Vorschlag beruht, sind vielfach nicht neu. Die immer wieder zitierten zustimmenden Quellenangaben bestätigen die Richtigkeit der einzelnen Teile, die zusammengefasst das vorliegende Resultat ergeben.

Neu hingegen ist die umfassende Behandlung, welche die vielen im einzelnen schon vorhandenen Ansätze ausfeilt und zu einer - wie ich glaube - logischen, einheitlichen und befriedigenden Lösung führt.

LEBENS LAUF

Ich wurde 1957 in Winterthur geboren, verbrachte dort meine Jugendzeit und absolvierte die B-Matur. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. 1983 wurde ich zum Lizentiaten, 1987 zum Doktor promoviert. Seit 1980 arbeite ich in einer Winterthurer Treuhandfirma.

